

# Capítulo 1

## INTRODUCCIÓN

### 1. EL MÉTODO TRIDIMENSIONAL COMO ENFOQUE DEL DERECHO EN GENERAL Y DE LA EQUIDAD EN PARTICULAR: VALORES, NORMAS Y HECHOS

A grandes trazos la teoría tridimensional del Derecho es aquella concepción por la cual se considera dividido el mundo de lo jurídico en tres planos o niveles: el del ser –plano empírico o fáctico–, el del deber ser –plano normativo– y el del valer –plano axiológico o valorativo–. Este tridimensionalismo del mundo jurídico, que podríamos llamar tridimensionalismo estructural, ha sido aceptado en la mayoría de los sistemas jurídicos, como muestra una simple ojeada a la “*Teoría tridimensional del Derecho*” de MIGUEL REALE. La dicotomía existente entre el mundo del ser y el del deber ser se designa bajo las expresiones anglosajonas “*to be*” y “*ought to be*”. No menos empleadas son las expresiones germánicas que contraponen el mundo del “*Sein*” y el del “*Sollen*”, para designar el mundo fáctico y el normativo respectivamente.

Así, habría que distinguir en el Derecho entre su “facticidad”, su “normatividad” y su “idealidad”, según el centro de análisis se sitúe en un “hecho”, en una “norma” o en un “valor”. En el primer caso nos movemos en el mundo de la “realidad” en sentido estricto, en el segundo, en el mundo de la “cultura” y en el tercero, en el mundo del “espíritu”. No es sino la diferencia entre el sector físico, empírico y práctico, por un lado, el plano del Derecho, como fenómeno de la cultura, por otro, y la parcela de lo emocional y lo moral, en tercer lugar. La cultura en este contexto de ideas no es algo intercalado entre el espíritu y la naturaleza, sino más bien el proceso de síntesis que el primero va realizando en la segunda.

El enfoque del Derecho en su tridimensionalidad no resulta novedoso en absoluto. De hecho, desde que esta perspectiva consiguió su consolidación y consagración en la obra de MIGUEL REALE, resulta un hecho aceptado su aplicabilidad al mundo jurídico<sup>5</sup>. Nosotros hemos utilizado la perspectiva tridimensional

<sup>5</sup> Sobre este tema ver FERNANDO FALCÓN Y TELLA : *Tridimensionalismo y Derecho*. Madrid. Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 2004.

en varios de nuestros estudios anteriores. Así, por ejemplo, al referirnos al tema de la validez del Derecho, distinguiendo entre una validez axiológica –o legitimidad–, una validez normativa –o validez en sentido estricto– y una validez sociológica –o eficacia–, estudiadas respectivamente por el Iusnaturalismo, el Iuspositivismo y el Realismo jurídico<sup>6</sup>. Igualmente nos fue de gran utilidad el empleo de la perspectiva tridimensional en relación con el tema de la desobediencia civil, temática sobre la que hemos reflexionado en algunos de nuestros trabajos más recientes, por ejemplo a la hora de justificarla, tanto axiológica, como sociológicamente, e incluso jurídicamente<sup>7</sup>. Hacemos estas consideraciones previas para dejar constancia de que la perspectiva tridimensional nos parece especialmente útil en el estudio del Derecho, y por eso la hemos empleado también a la hora de analizar sistemáticamente las distintas temáticas de la Teoría del Derecho, en una monografía en forma de lecciones de clase, destinada básicamente a los alumnos<sup>8</sup>.

La cuestión ahora es saber si ese enfoque tridimensional resulta igual de fructífero y aplicable en el tema que aquí nos ocupa: “la equidad y el Derecho”. Hemos de reconocer que en un primer momento, y buscando precisamente esa simetría y unidad a la que no es malo aspirar en la producción científica, nos vimos tentados de utilizar también en este trabajo el método tridimensional, a modo de molde o cliché que nos proporcionara una mayor claridad sistemática

---

<sup>6</sup> Este enfoque se recoge principalmente en nuestro trabajo: *Concepto y fundamento de la validez del Derecho*. Prólogo de FRANÇOIS OST. Madrid. Civitas. 1994. Traducido al portugués por STEFANI BORBA DE ROSE TRUNFO. 1998. Y al inglés por PETER MUCKLEY. 2000. Así como en una serie de artículos de revista, algunos recogidos en dicha obra, a la cual nos remitimos.

<sup>7</sup> Ver por todos, nuestro estudio: *La desobediencia civil*. Prólogo de FERNANDO GARRIDO FALLA. Madrid. Marcial Pons. 2000. Esp. el epígrafe I.2.2.3.A.b).a’): “La desobediencia civil y la equidad”. Trad. inglesa por PETER MUCKLEY. *Civil Disobedience*. Leiden. Boston. Martinus Nijhoff. 2004. Recensionado por GUIDO SARACENI en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, nº 3, julio-septiembre 2001, págs. 424-426; por PAULA LÓPEZ ZAMORA, en la *Revista de Estudios Políticos*, 111, págs. 312-315; por BEATRIZ CASTRO TOLEDO, en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 2001, págs. 241-263; por OSCAR M<sup>a</sup> PRIETO GARCÍA, en el *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Madrid. Instituto de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 2001, t. II, págs. 1026-1035; y por JUAN ANTONIO MARTÍNEZ MUÑOZ, en *Veintiuno. Revista de Pensamiento y Cultura*, vol. 53, primavera de 2002, págs. 146-148.

<sup>8</sup> MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA: *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid. Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 2001. 2<sup>a</sup> ed. 2003.

en la exposición del tema de la equidad. Y así lo hemos hecho. No obstante, a medida que avanzábamos y profundizábamos en la cuestión, tomamos conciencia del hecho de que esta perspectiva tridimensional, si la quisiéramos aplicar en particular a todas las temáticas objeto de estudio en materia de equidad, acabaría convirtiéndose en un estorbo, y más que aclarar, oscurecería, simplificando y encorsetando valdientemente la realidad, que debe ser libre. Esta es la razón por la cual hemos optado por la vía intermedia, es decir, por emplear el tridimensionalismo en aquello en lo que pudiera sernos útil, pero sin sacrificar por ello, en aras de una regularidad y simetría, que son más bien virtudes del vigilante de un museo que del jurista, toda la compleja multiplicidad y heterogeneidad, toda la riqueza de la vida. Pero eso no impide que el tridimensionalismo como punto de vista de estudio quede reflejado en algunos lugares del trabajo, donde resulta de utilidad, especialmente en el índice general de la obra.

Así, por poner un ejemplo, dentro de los tipos históricos de equidad, a los que nos vamos a referir, a la hora de analizar las distintas manifestaciones del fenómeno de la equidad en el tiempo, la “*epieikeia*” griega, como justicia individualizadora –justicia del caso concreto– caería en el plano de los hechos, mientras que la “aequitas” romano-cristiana, como justicia igualitaria o moderadora –excepción del Derecho estricto–, hallaría un más claro emplazamiento en la esfera de la norma y, por su parte, la “*miser cordia*” canónica, entendida como “*humanitas*”, estaría más bien en el plano de los valores, y la equidad medieval, como un tipo de interpretación que va más allá de la letra de la norma para adentrarse en su espíritu, se incardinaria probablemente también en el plano técnico o normativo. Pero, ¿Qué podemos decir de la “*equity*” anglosajona? ¿Acaso en la cultura jurisprudencial anglosajona no se incardina en el plano fáctico? ¿Y la equidad en los sistemas continentales, de tipo legalista, no estaría en el plano normativo? En cuanto a la equidad en otros contextos como el judaísmo, el Derecho islámico o el sistema jurídico soviético, ¿Se podría hablar más bien del nivel de los valores? Si en aras de la pulcritud conceptual simplificáramos en las tres modalidades primeras todo el fenómeno de la equidad, estaríamos sacrificando la riqueza de la realidad de los distintos sistemas jurídicos existentes, simplificándola y, en cierta medida, faltando a la verdad. Pero si empleamos el esquema tridimensional como un enfoque que introduzca un principio de claridad, como el árbitro de rugby por encima de la “melé”, los resultados pueden agradecérselo.

## **2. ÁMBITO DEL TRABAJO: LA EQUIDAD COMO TEMA POLIFACÉTICO Y MAREMAGNUM DE CONCEPTOS INTERRELACIONADOS. LECTURA HORIZONTAL Y VERTICAL DE ESTA INVESTIGACIÓN. NECESIDAD DE UN ENFOQUE INTERDISCIPLINAR DEL TEMA**

El de la equidad es un tema polifacético, una auténtica encrucijada de problemas. El estudio de la equidad se encuentra especialmente justificado desde la perspectiva filosófico-jurídica, pero no sólo desde ella. La equidad es una cuestión a investigar tanto en el ámbito de la Ciencia jurídica, como en el de la Teoría de la Justicia –no olvidemos que se trata de un tipo de justicia–, en el de la Historia del Derecho –en relación con el tema de la equidad en el tiempo y el estudio dinámico de los distintos tipos históricos de equidad– o en el del Derecho comparado –es el tratamiento de la equidad en el espacio, esto es en los principales sistemas jurídicos de los distintos países. Destaca aquí por su importancia la cuestión de la “*equity*” anglosajona–.

En este sentido se estudian también temas de Teoría general del Derecho, como el de la distinción entre la equidad y figuras afines con las que normalmente se la suele relacionar; o la equidad en las distintas ramas del ordenamiento jurídico español, entre las que destacan, por su especial importancia, el Derecho civil y el Derecho internacional. Se tratarán, en fin, otras problemáticas, como la de la función de la equidad, los sujetos artífices de la misma –no sólo el juez, sino también el legislador o el individuo, entre otros–. Se dará un concepto de equidad, si bien con la salvedad de que no estamos ante una noción unívoca, sino ante una idea multívoca y polifacética, y se estudiarán el contenido, límites y clasificaciones más relevantes del fenómeno de la equidad.

La perspectiva del trabajo es, por tanto, una mezcla de enfoques, de Filosofía del Derecho, Teoría general del Derecho –dentro de la teoría de la argumentación jurídica–, Teoría de la Justicia, Historia del Derecho, Derecho comparado, Dogmática jurídica,... Este acercamiento interdisciplinar –que intenta coordinar orgánicamente las distintas perspectivas en un todo ordenado, superando una mera yuxtaposición multidisciplinar de enfoques– nos parece especialmente indicado en materia de equidad<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Sobre la distinción teórica entre los conceptos de multidisciplinariedad e interdisciplinariedad, ver JOSÉ ITURMENDI MORALES: “Presentación” a la edición castellana del libro de MICHEL VAN DE KERCHOVE y FRANÇOIS OST: *El sistema jurídico entre orden y desorden*, Madrid, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1997, traducido al castellano por ISABEL HOYO SIERRA, págs. 11-33, esp. págs. 14 y 15.

Llamamos la atención sobre el hecho de que de este trabajo se puede hacer tanto una lectura vertical como una horizontal. La lectura vertical, o lectura convencional del mismo, sería la que derivaría de su índice, es decir, del análisis de las distintas temáticas y, dentro de ellas, a su vez, marcándose los tres planos: de los hechos, las normas y los valores. La lectura horizontal del trabajo sería la que resultaría de analizar cada uno de los tres planos indicados y, dentro de ellos las distintas temáticas. Así, por ejemplo, según una lectura horizontal, dentro del plano de los hechos se vería cual fue su plasmación en el tiempo –la “*epieikeia*” aristotélica–, en el espacio –la “*equity*” angloamericana–, la función –aplicadora, interpretativa e integradora–, el sujeto que la aplica, las figuras afines, etc. Lo mismo podría hacerse por separado con los planos normativo y valorativo. Si hubiésemos optado en el índice por seguir lo que ahora denominamos lectura horizontal, el enfoque hubiese sido tal vez más forzado, por lo que lo adecuado a nuestro juicio sería dejar abierta esta posibilidad, pero no como límite o molde rígido, sino como posibilidad sistemática que puede tener su utilidad para el posible lector.

Sobre la equidad como objeto de estudio se han vertido ríos de tinta<sup>10</sup>. Además la literatura sobre el tema se encuentra especialmente en monografías y

---

<sup>10</sup> Sobre el tema, destacamos aquí, entre otros, N. VERHEYDEN-JEANMART: *Le souci d'équité et le droit*. Centre des Facultés Universitaires Catholiques pour le Recyclage en Droit. 1981; FRANCISCO PUY MUÑOZ: Voz “equidad”, en la *Gran Enciclopedia Rialp*, t. 8, págs. 708-710; VIAZZI: “Contributo alla determinazione del concetto di equità”, en *Filangieri*, 1905; “Equità”, en la *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. V, parte II, 1906, págs. 29 y ss.; “L’equità nella filosofia, nella storia e nella pratica del Diritto”; FERNANDO M. VIDAL: “De si es necesario o conveniente establecer el principio de equidad”, en el Vol. *Primer Congreso Jurídico Nacional (Trabajos y acuerdos)*. La Habana. 1918; RODOLFO VIGO: “La interpretación jurídica en Michel Villey”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 1989, n° 9, págs. 171-194; JOSÉ VILLAR PALASÍ: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Madrid. Tecnos. 1975; CHARLES VINER: *General Abridgment of Law & Equity*. Aldershot. Worrall. 1746-1753; WILLIAM F. WALSH: *A Treatise on Equity*. Chicago. Callaghan and Co. 1930; E. WALTHER - W.G. WALSTER - E. BERSCHIED: *Equity: Theory and Research*. Boston. Allyn and Bacon. 1978; MARSHALL WOLFE: “The Prospect for Equity”, en *CEPAL Review*, 44, 1991, págs. 21-34; H. PEYTON YOUNG: *Equity: in Theory and Practice*. Princeton. Princeton University Press. 1994; “Définir l’équité”, en *Archives de Philosophie du Droit*, 35, 1990, págs. 87-118; VARANO: Voz “aequità (Teoria generale)”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XII, Torino, 1989, págs. 4 y ss.; C. VATTIER: “Reapertura del debate en torno a la equidad”, en *Documentación jurídica*, núms. 7 y 8, julio-diciembre, 1975; ALBERT VAN OMMESLAGHE: “Le droit et l’équité”, en *Journal des Tribunaux*, 1968, n° 4601, pág. 37; JESÚS VALLEJO: *Ruda equidad, ley consumada: concepción de la potestad normativa (1250-1350)*. Madrid. Centro de

libros, frente a lo que ocurre con otros temas conexos, como el del argumento analógico en el Derecho, sobre el que lo escrito se halla más bien disperso en artículos de revistas especializadas. Para dar una idea de lo dicho, baste recordar a dos pensadores y juristas: JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS –en nuestra patria –<sup>11</sup> y

(Continuación)

Estudios Constitucionales 1992; JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO: “Equidad y buena razón según el jurista gerundense del siglo XV Tomas Mieres”, en *Anuario de Derecho Civil. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos*. 1977, págs. 3 y ss.; *Metodología de la determinación del Derecho*. II. (Parte Sistemática). Madrid. Centro de Estudios Ramón Areces, 1996; *La interpretación según el Título Preliminar del Código Civil, discurso leído en la sesión inaugural del curso académico 1996-1997*. Madrid. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. 1996; CARLOS ALBERTO URDANETA SANDOVAL: “Some Critical Considerations Regarding the Function of the Equity in the Law”, en *Fronesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, 3, 1, 1996, ANDRÉ TUNC: “L'équité”, en *Encyclopédie Universalis*, 1984, t. IV, págs. 601 y ss.; “Aux frontières du droit et du non-droit: l'équité”, en *Jalons; dits et écrits d'André Tunc*. Société de Législation Comparée. 1991. Y en *L'Hypothèse du non-Droit*. Liège. 1977, págs. 281-298; JEAN-MARC TRIGEAUD: “Aux limites du droit l'ontologie de l'équité”, en *Mc.Gill Law Journal*, Montreal, McGill University, vol. 34, 1989; Voz “équité”, en *Les mots de la Philosophie*. Paris. Presses Universitaires de France. 1990; LUIGI TRIPICCIONE: “L'equità nel Diritto”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1925. Anno V, págs. 24-48; ANDRÉS OLLERO TASSARA: “Equity in Spanish Law?” en R. NEWMAN: *Equity in the World's Legal Systems*, op. cit., págs. 381-395; “Equidad, Derecho, ley”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Universidad de Granada, 13, 2, 1973, págs. 163-178.

<sup>11</sup> Destacan al respecto: JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: “Orientaciones modernas en materia de fuentes del Derecho privado positivo”, Conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Jurisprudencia y Legislación el 7 de marzo de 1936, y publicada en el *Libro-homenaje al profesor D. Felipe Clemente de Diego*. Madrid. 1940. *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho. (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo)*. Madrid. Reus. 1947. *La idea de equidad en las letras españolas: discurso leído el día 23 de mayo de 1949 en su recepción pública por J. Castán Tobeñas y contestación de José Gascón y Marín*. Madrid. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. 1949. *La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea. Discurso leído en el acto de recepción como académico de número en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Contestación de Eloy Montero Gutierrez*. Madrid. Reus. 1950. *La idea de equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas, afines. Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1950*. Madrid. Instituto Editorial Reus. 1950. En la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1950, 2º semestre. *Poder judicial e independencia judicial*. Madrid. 1951; también en la *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, septiembre 1951. *La formulación judicial del Derecho: (jurisprudencia y arbitrio de equidad)*. Madrid. Reus. 1954.

FRANCESCO D'AGOSTINO —en Italia<sup>12</sup>—, cada uno de los cuales ha dedicado varias monografías a esta materia.

Existiendo una tan amplia literatura sobre el tema, en todos los idiomas, puede surgir la duda de si volver sobre el concepto de equidad, después de todo cuanto se ha dicho sobre el mismo en los últimos tiempos, sería, como a primera vista parece, superfluo. Pero, esto no es así, porque en la disciplina filosófica se puede decir que las mejores investigaciones no son aquéllas que resuelven problemas, sino las que los plantean, reafirmando la perennidad de la Filosofía<sup>13</sup>, como objeto formal o perspectiva de estudio. Además se trata de un tema inagotable, al cual se consagran algunas de las investigaciones más recientes. Baste señalar aquí la obra de JOHN RAWLS, en la Universidad de Harvard, la cual ha obteni-

---

<sup>12</sup> Ver FRANCESCO D'AGOSTINO: “La dottrina dell'epicheia nel pensiero di S. Alberto Magno”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 46, 1969, págs. 120-137. “Un contributo alla storia dell'idea di equità: Jehan de Gerson e la lotta per il Concilio”, en *Angelicum*, 48, 1971, págs. 448-489. “Lex indita e lex scripta. La dottrina della legge divina positiva (lex nova) secondo S. Tommaso d'Aquino”, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Canonico “La Chiesa dopo il Concilio”*, Milano, 1972, II/1, págs. 403-415. “Sulla fenomenologia della giustizia. Un parallelo tra Kierkegaard e Platone”. Reproduce con un título ligeramente modificado el trabajo aparecido en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 49, 1972, págs. 153-172. *Epieikeia: il tema dell'equità nell'antichità greca*, Milano, Giuffrè, 1973. “Appunti per una teoria dell'epikeia”. Inédito. Parcialmente reproducido en “Il tema dell'epikeia nella Sacra Scrittura”, en *Rivista di Teologia Morale*, 5, 1973, págs. 385-406. “L'equità come limite trascendentale del diritto”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 51, 1974, págs. 413-433. “È censurabile la motivazione delle sentenze d'equità”. Reproduce la nota a la sentencia, con el mismo título, aparecida en *Foro Italiano*, 99, 1974, págs. 2760-2764. “Equità e giustizia in una recente esperienza congressuale”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 51, 1974, págs. 119-128. Recensión al volumen de las Actas de dicho congreso, publicada en la *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1975, págs. 928-933. “Equità e remissione dei peccati in Martin Lutero”, en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 52, 1975, págs. 217-144. “Situazione e libertà”. Aparecido con el título “L'etica della situazione”, en la *Nuova Antologia*, n. 2089, 1975, págs. 117-125. *La tradizione dell'epieikeia nel medioevo latino: un contributo alla storia dell'idea di equità*. Milano. Giuffrè. 1976. “Tra diritto e politica. In margine al Convegno leccese sull'equità”. Funde en sí dos notas: “Equità e giustizia in una recente esperienza congressuale”, *cit.*, y la recensión a las actas de dicho congreso, *cit.* Ver también FRANCESCO D'AGOSTINO (comp.): *Materiali sul neocontrattualismo*. Milano. Jaca Book. 1988.

<sup>13</sup> En este sentido se manifiesta ORAZIO CONDORELLI: “L'equità”, en ORAZIO CONDORELLI: *Scritti sul diritto e sullo stato*. Milano. 1970, págs. 247-256. También en *Rassegna Giudiziaria*, I, Catania, 1930.

do reconocimiento universal y no sólo en el ámbito anglosajón<sup>14</sup>, sino en otros contextos, habiendo sido traducida a múltiples idiomas. Aunque el tema de la equidad encuentra reflejo y tratamiento en casi todas las ramas jurídicas, tanto en

<sup>14</sup> JOHN RAWLS: *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*. Selección, traducción y presentación de MIGUEL ÁNGEL RODILLA. 2ª ed. Madrid. Tecnos. 1999. *La giustizia come equità: saggi 1951-1969*. A cura di GIAMPAOLO FERRANTI. Napoli. Liguori. 1995. Una versión abreviada de este trabajo (menos de la mitad de la extensión) se presentó al Congreso del mismo título de la *American Philosophical Association. Eastern Division*, el 28 de diciembre de 1957, y se publicó en el *Journal of Philosophy*, 54, 1957, págs. 653-662. *Teoría de la Justicia*. Traducción cast. de MARÍA DOLORES GONZÁLEZ SOLER. 2ª reimpr. de la ed. de 1979. México. Fondo de Cultura Económica. 1993. Ver también, recientemente, JOHN RAWLS: *La justicia como equidad. Una reformulación*. Edición a cargo de ERIN KELLY. Barcelona. Paidós. 2002; En el ámbito anglosajón también, se ha ocupado minuciosamente del tema, entre otros, RALPH ABRAHAM NEWMAN: *Equity and Law: A Comparative Study*. New York. Oceana Publications. 1961. Recensionada por VITTORIO FROSINI en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1963, págs. 627-629. Y por P. BONASSIES en *Rev. Int. de Dr. Comp.* 4, 1962., págs. 822 y ss.; “Some Suggestions for a Course in Comparative Equity”, en *Journal of Leg. Ed.*, 14, 1962, págs. 343 y ss.; *The Role of Equity in the Harmonization of Legal Systems*. s.l. 1963; “La funzione della pura equità nel diritto moderno”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1963, págs. 647-654. Trad. italiana de GIORGIO DEL VECCHIO; “The Place and Function of Pure Equity in the Structure of Law”, en *The Hastings Law Journal*, 16, 1965, págs. 62 y ss.; “The Hidden Equity, an Analysis of the Moral Content of the Principles of Equity”, en *The Hastings Law Journal*, 19, 1967, págs. 147-178; “Equity and Law”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 7-8, 1967-68; “I due livelli della moralità nel diritto”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, I, 1968; “Equity in Comparative Law”, en *International & Comparative Law Quarterly*, 17, 1968, págs. 807 y ss.; “The Nature and Function of Equity in the Law of United States”, en J. HAZARD y W. WAGNER (eds.): *Legal Thought in the United States of America under Contemporary Pressures*. Bruxelles. 1970, págs. 81-110; “Derecho, moralidad y equidad”, en *Ciencia Jurídica (Aspectos de su problemática iusfilosófica y científico-positiva actual)*. Simposio. Dirección de Ernesto Eduardo Borge. Ed. Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. 1970, t. II, págs. 3 y ss.; *The Unity of the Strict Law: a Comparative Study Dedicated to the Memory of Jean Dabin*. Brussels. Émile Bruylant. 1978; “The General Principles of Equity”, en R.A. NEWMAN (ed.): *Equity in the World’s Legal Systems*, op. cit., págs. 589-649; “Notes” preparadas para la mesa redonda sobre equidad que tuvo lugar durante el “Annual Meeting of the Association of American Law Schools”. Chicago. Inéditas; y RALPH ABRAHAM NEWMAN (ed.): *Equity in the World’s Legal Systems. A Comparative Study*. Actas del Congreso promovido por el *Hastings College of Law* de la Universidad de California en Bellagio, en agosto de 1972. Dedicado a RENÉ CASSIN. Brussels. Établissements Émile Bruylant. 1973.



el Derecho público como en el Derecho privado, destacan en esta materia las investigaciones iusfilosóficas –por parte de los estudiosos de Filosofía del Derecho–, aunque sin desdeñar por ello a los juristas cuyos estudios se encaminan más bien al análisis del Derecho positivo. Así son expresiones propias de los filósofos del Derecho las de “Derecho libre”, “Derecho natural”, “Derecho justo” o “Derecho ideal”<sup>15</sup>.

Esto es así, porque, sea cual sea la posición que se adopte, es indudable que, si se supera el positivismo y el formalismo, dominantes en otras épocas, lo cierto es que al lado del Derecho preestablecido, formulado de antemano –o Derecho estatuido–, emanado de las fuentes formales –ley y costumbre, principalmente–, hay un Derecho no formulado, llámese Derecho natural –en la concepción clásica hispana–, Derecho discrecional, Derecho no oficial, Derecho vivo, Derecho social, Derecho intuitivo, Derecho libre o Derecho científico, que se caracteriza fundamentalmente por ser un Derecho extralegal, que se extrae de consideraciones al margen de las fuentes formales oficiales del Derecho<sup>16</sup>.

Pero, ¿por qué se hace preciso el estudio de la equidad? La equidad es imprescindible en el mundo del Derecho porque los hombres y las leyes son falibles. Si los hombres fueran perfectos, no serían necesarias las leyes. Si las leyes fueran perfectas, no tendríamos necesidad de acudir a la equidad. Las leyes corrigen los errores de los hombres. La equidad, los de las leyes<sup>17</sup>.

La equidad, al igual que la justicia, es una noción que goza de prestigio, pero cuyos contornos no están nítidamente definidos. Los estudiosos de la misma la oponen esencialmente al Derecho. No obstante consideran que la equidad a lo más que llega es a tener un papel supletorio de la norma legal, en relación con la cual debe observarse una prudencia infinita. En efecto, no en vano es cierto el dicho de que el juez debe “juzgar según la ley”, pero no “juzgar la ley”<sup>18</sup>. Sobre

---

<sup>15</sup> SALVATORE ROMANO: voz “equità. Principio di equità (dir. priv.)”, en *Enciclopedia del Diritto*, XV. Milano. Giuffrè. 1966, págs. 83-107, esp. págs. 83-87. También “Principi di equità”, en SALVATORE ROMANO: *Scritti Minori*. Vol. III. Milano. 1980, págs. 1157-1210.

<sup>16</sup> ARTURO GALLARDO RUEDA: Voz “equidad”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. F. Seix Editor. VIII, pág. 633.

<sup>17</sup> MAGDI SAMI ZAKI: “Vocabulaire fondamental du droit. Equité”, en *Archives de Philosophie du Droit*, 35, 1990, pág. 87.

<sup>8</sup> PAUL ALAIN FORIERS: *Reflexions sur l'équité et la motivation des jugements*. Bruxelles. Bruylant. 1956. También en PAUL FORIERS: *La Pensée Juridique*, vol. I. Bruxelles. 1982, págs. 225-242. Y en *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 1956, pág. 87. Al respecto dice FRANCESCO D'AGOSTINO: *Dimensioni dell'equità*. Torino. Giappichelli. 1977, pág. 191 que “en la Historia se alternan momentos de oposición entre

este punto, entre otros, volveremos al tratar del tema de la función de la equidad y si puede hablarse en ella de una auténtica creación de Derecho. De ahí también el título del trabajo: “Equidad, Derecho y Justicia”.

---

(Continuación)

el “*ius*” y la “equidad” que se corresponden a momentos de armonía y de fractura entre el Derecho constituido y la conciencia jurídica de la sociedad.” Así, por ejemplo, - señala este autor - con la llegada de la Codificación se integraría la equidad en el Derecho.