

DERECHO NATURAL Y EQUIDAD

AGUSTIN SQUELLA N.
Chile

Las finalidades que se persiguen con esta ponencia, son las siguientes: a) recordar los fundamentos de la distinción aristotélica entre derecho natural y derecho positivo; b) precisar cómo el derecho positivo, no obstante las diferencias que acusa respecto del derecho natural, se entiende por Aristóteles derivar de éste, ya por conclusión, ya por determinación; c) puntualizar cómo el derecho natural, por lo mismo, se realiza, primero, a través del derecho legislado de carácter positivo, pero, también a través del derecho judicial, o “derecho sentencial”, como lo llama Santo Tomás de Aquino; d) recordar cómo, en principio, el derecho judicial no es más que la aplicación al caso del derecho legislado de carácter positivo que regula este mismo caso; e) identificar las dos hipótesis en que el derecho judicial no aparece como una mera aplicación del derecho legislado de carácter positivo: lagunas de la ley y consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes de la aplicación de ésta; f) conceptualizar la equidad como un método de creación jurídica, normalmente autorizado en presencia de alguna de las dos hipótesis antes aludidas; g) señalar que el derecho natural, conforme lo que se anticipa en la letra c) de este sumario, constituye, para Aristóteles, la fuente de los fallos o decisiones equitativas; h) indicar los inconvenientes que se siguen de la conexión trazada por Aristóteles entre derecho natural y equidad; e i) proponer un enfoque diferente del problema teórico y práctico de las fuentes del fallo equitativo, por medio de identificar, además del derecho natural, otros antecedentes o elementos que puedan ser ponderados por los jueces para la construcción de este tipo de fallos: conciencia valorativa del juzgador, hechos y circunstancias del caso, principios generales del derecho, precedentes, razonamiento por analogía, valoraciones del propio juzgador y valoraciones socialmente dominantes.

1

La justicia —que consiste, según Aristóteles, en la acción que elude tanto cometer injusticia como sufrirla— y la injusticia —que consiste, por su parte, tanto en infligir injusticia como en padecerla— se dan en las acciones que tienen lugar entre los hombres, motivo por el cual, precisamente, estas acciones pueden ser calificadas de justas o injustas.

2

Para obstaculizar la práctica de la injusticia, los asociados de toda comunidad política escogen gobernarse no por el hombre, sino por la ley. Por tanto, a la ley corresponde determinar lo que Aristóteles llama lo “justo político”,¹ o sea, lo justo entre asociados que son libres e iguales, tocando luego a la sentencia judicial el discernimiento de lo justo e injusto cuando los hombres disputan entre sí a este respecto.²

3

Por su parte, lo justo político divídese, según Aristóteles, en “justo natural” y “justo legal”, lo cual quiere decir que hay cosas que son justas por naturaleza y otras que lo son por humana disposición.³

Trasladando esta última distinción al lenguaje de los juristas, podemos decir que, por una parte, está el “derecho natural”, compuesto por normas “que en todas partes tienen la misma fuerza y que no dependen de nuestra aprobación o desaprobación”, y, por otra, el “derecho positivo”, compuesto por normas cuyo contenido es en principio indiferente, correspondiéndole a la autoridad que instituye estas normas el dotarlas de un contenido prescriptivo u otro.⁴

4

Las diferencias entre el derecho natural y el derecho positivo, siempre sobre la base del pensamiento aristotélico, son las siguientes:

¹ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, edición de la Universidad Nacional Autónoma de México, traducción de Antonio Gómez Robledo, 1954, Libro V, Capítulo V, pág. 120.

² *Id.*, Libro V, Capítulo V, pág. 114.

³ *Id.*, Libro V, Capítulo V, pág. 121.

⁴ *Id.*, Libro V, Capítulo V, pág. 121.

El derecho natural encuentra su causa en la naturaleza y porque “la naturaleza es la misma entre todos los hombres”,⁵ las normas de este derecho natural poseen similar fuerza y virtud en todas partes. Son, si se quiere, universales e inmutables, “como el fuego, que quema aquí lo mismo que en Persia”, según la expresiva declaración de Aristóteles.⁶

El contenido de las normas de derecho natural, por lo mismo, no es discurrido por el hombre, sino que proviene directamente de la naturaleza. Dicho contenido se traduce, según palabras de Santo Tomás,⁷ en “ciertos principios indemostrables y en las cosas próximas a ellos, tales como debe evitarse el mal, a nadie debe dañarse injustamente, no debe hurtarse, y otros semejantes”.

En cambio, el derecho positivo encuentra su causa en la voluntad o decisión del hombre, quien lo instituye dotándolo de los más variados contenidos. Sus normas, por lo mismo, no son inmutables ni universales, sino, por la inversa, esencialmente mudables y limitadas en cuanto a su ámbito de validez temporal y territorial. En palabras de Aristóteles, “las cosas justas que no son naturales sino por humana disposición no son las mismas en todas partes, como no lo son las constituciones políticas”.⁸

En todo caso, cabe tener en cuenta algo que no carece de importancia en relación con lo que seguirá de esta ponencia: lo justo legal, esto es, el derecho positivo, no está constituido únicamente por el derecho legislado, que promulga el legislador, sino, también, por las sentencias dadas por los jueces. “La tercera diferencia de lo justo legal —comenta Santo Tomás—⁹ es que se llaman parte de lo justo legal las sentencias dadas por los jueces”. Y agrega: “lo justo sentencial es aplicación de lo justo legal a los hechos particulares”.¹⁰

5

No obstante las ya anotadas diferencias entre derecho natural y derecho positivo, debemos señalar, a continuación, que éste, según Aristóteles, se entiende derivar de aquél. Ahora bien, esta derivación

⁵ Santo Tomás de Aquino, *La Justicia. Comentario al Libro V de la Ética a Nicómaco*, Cursos de Cultura Católica, Buenos Aires, 1946, traducción de Benito R. Raffo Magnasco, pág. 188.

⁶ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit, Libro V, Capítulo V, pág. 121.

⁷ Santo Tomás de Aquino, *La Justicia. Comentario. . .*, cit, pág. 192.

⁸ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit, Libro V, Capítulo V, pág. 122.

⁹ Santo Tomás de Aquino, *La Justicia. Comentario. . .*, cit, pág. 192.

¹⁰ *Id.*, pág. 190.

del derecho positivo a partir del derecho natural, puede tener lugar de dos formas: por *conclusión* y por *determinación*.

La derivación ocurre por *conclusión* cuando el contenido prescriptivo del derecho positivo resulta ser una aplicación directa de alguna norma o principio del derecho natural. Así, por ejemplo, cuando el legislador humano tipifica como delito las conductas que consisten en privar a otro de su vida o de su propiedad y anexa un castigo a la emisión efectiva de estas conductas por un sujeto determinado, no está sino fijando dos de las muchas conclusiones que se pueden derivar de la norma o principio del derecho natural que dispone, por su parte, que a nadie debe dañarse injustamente.

La derivación tiene lugar por *determinación*, en cambio, en todo aquello que el derecho positivo puede normar de un modo o de otro, por no proceder directamente de una norma o principio del derecho natural. Así, por ejemplo, si el derecho positivo tiene que concluir, como dijimos, que el que se apropie de cosa ajena debe ser castigado, la fijación precisa de la pena es algo que el derecho positivo puede determinar por sí mismo, al no encontrarse sujeto el legislador humano, en este aspecto, a ningún principio que funcione como premisa necesaria de una decisión determinada.

En suma: hay, por una parte, lo justo legal, que es lo que está de acuerdo con el derecho positivo, y, por otra, lo justo natural, que es lo que está de acuerdo con el derecho natural. A su vez, dentro de lo justo legal, o derecho positivo, cabe considerar no sólo el derecho legislado, sino, también el derecho judicial, sin perjuicio de entender que éste constituye, por lo general, una aplicación de aquél a hechos singulares.

6

En principio, puede decirse que los órganos jurisdiccionales, llamados a conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en relación con los casos de la vida social jurídicamente relevantes que se les someten, deben resolver éstos en aplicación de las leyes que los regulen, o sea, deben determinar, en lenguaje de Aristóteles, lo que sea justo legal, o sea, justo según la ley, en relación con el determinado caso o hecho. Pero bien puede ocurrir una de estas dos hipótesis, a saber, que el derecho legislado adolezca de un vacío o laguna en relación con el hecho sentenciable, o que de la aplicación de la norma legal pertinente se sigan efectos notoriamente injustos e inconvenientes, no queridos por el legislador, como consecuencia de la imposibilidad de subsumir

todas las particularidades del caso en el marco inevitablemente abstracto y general de la norma legal aplicable.

La primera de tales hipótesis está admitida por Aristóteles en el siguiente texto: “La causa de que no todo pueda determinarse por la ley, es que sobre ciertas cosas es imposible establecer una ley, sino que hace falta un decreto”.¹¹ La segunda hipótesis, en cambio, está prevista cuando el mismo autor dice que “toda ley es general, pero tocante a ciertos casos no es posible promulgar correctamente una disposición general. . . En consecuencia —agrega— cuando la ley hablare en general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado”.¹²

7

La equidad es, precisamente, un correctivo o un enderezamiento de lo que Aristóteles llama lo justo legal, aunque reducido éste, claro está, al derecho positivo preexistente al caso o hecho sentenciable. Como tal, la equidad puede ser identificada como un método supletorio de creación jurídica que obra o se realiza a través de los jueces, y con el que se colman los vacíos o lagunas del derecho positivo preexistente al caso o se eluden las consecuencias notoriamente injustas que se seguirían de la aplicación estricta de ese derecho al caso regulado por él.

8

No cabe duda de que la solución de equidad, normalmente autorizada en las dos hipótesis precedentemente señaladas, emana directamente del juzgador, quien es llamado a construir o a fijar el contenido de esta misma solución. En otras palabras: no hay soluciones de equidad sin jueces que las declaren, y si bien tales soluciones —en opinión de algunos— pueden preexistir a su declaración judicial para el caso concreto, lo cierto es que su cabal identidad dentro del ordenamiento jurídico se consigue gracias, y sólo gracias, a esta declaración que de ellas hacen los jueces.

¹¹ Aristoteles, *Ética a Nicómaco*, cit, Libro V, Capítulo X, pág. 131.

¹² *Id.*, Libro V, Capítulo X, pág. 130.

9

Sin embargo, es fundamental la pregunta acerca de cuál es, en último término, la fuente del fallo equitativo, o sea, cuál es el o los elementos o antecedentes que debe ponderar el juzgador para dotar a su decisión de un determinado contenido y no de otro.

10

Según Aristóteles, la equidad, como parte o realización de lo justo natural, preexiste en cierto modo al fallo equitativo, de donde se sigue que la fuente de la equidad no estaría constituida, en estricto rigor, por la conciencia valorativa del juzgador, sino por el derecho natural, al que se podría acceder en uso o práctica de algunas de las llamadas “*virtudes intelectuales*”, concretamente, la intuición y la prudencia.

Ya dijimos antes que, según Aristóteles, lo justo legal, o sea, el derecho positivo, se deriva de lo justo natural, o sea, del derecho natural, tanto por conclusión como por determinación. La ley positiva, en consecuencia, como derivación que es del derecho natural, concluye o determina sus normas a partir de las premisas que coloca el mismo derecho natural. Sin embargo, por la misma índole de la función legislativa y de la ley que es su producto, ésta no puede más que proveer de modo abstracto y general en relación con los casos de la vida social que ella regula en un determinado sentido. De esto se sigue que al derecho natural no le basta su realización a través del derecho legislado de carácter positivo, sino que dicha realización alcanza también al nivel del derecho judicial —o “derecho sentencial”, como lo llama Santo Tomás—, que, formando parte integrante del derecho positivo, se produce, a diferencia del derecho legislado, en las decisiones concretas y singulares de los jueces.¹³

11

La antedicha solución aristotélica, en cuanto radica la fuente del fallo equitativo en el derecho natural, equivale, en síntesis, a postular la existencia de un surtido inextinguible de principios o normas, que en carácter de previas y objetivas pueden ser aprehendidas por el juzgador en uso de su sola razón.

Ahora bien, la eventual existencia de tales normas o principios es,

¹³ Véase Santo Tomás de Aquino, *La justicia, Comentario. . .*, cit, pág. 243.

por cierto, algo consolador. Desprovisto de una solución que brinde el ordenamiento jurídico positivo, o enfrentado a una consecuencia injusta de la aplicación de éste al caso, el juzgador no es dejado solo ni abandonado a sí mismo en su tarea dramática e ineludible de juzgar, sino que es remitido a otro ordenamiento, de jerarquía superior, pero igualmente dado y objetivo, lo cual permite, al igual que en el fallo conforme al derecho positivo, continuar afirmando que el contenido de la solución dispensada al caso no es creado por el juzgador, sino inferido por éste a partir de un ordenamiento preestablecido, en un caso natural y en otro positivo. La responsabilidad moral y política del juzgador vuelve, así, a quedar a salvo.

Cabe señalar, también, que esta suerte de reenvío del problema a lo justo natural, presenta, a lo menos, dos obstáculos. Uno, el de que el juzgador, aunque actúe dotado de razón, esto es, debidamente premunido para descifrar correctamente el dictamen de lo justo natural, no siempre siente suficiente seguridad en este tránsito hacia una zona que se escapa de sus experiencias e intuiciones más inmediatas y que, por lo mismo no es infrecuente que sea para él fuente de equívocos o de angustias aún mayores que las que asolarían su espíritu, si es que frente al caso no regulado se le dejare librado a las personales convicciones que acerca de lo justo se hubiere forjado en su paciente y razonado conocimiento del mismo.

El ámbito de lo justo natural puede ser familiar y accesible —si acaso lo es— para el filósofo, a quien se ve transitar por él, aunque siempre de un modo general, con alguna comodidad y, a veces, hasta con algo de inmodestia. Pero el juzgador, el juez de todos los días, acuciado como está por la cantidad, complejidad y urgencia de los procesos que debe tramitar y resolver, no se siente en absoluto confortable y protegido cuando se lo remite, para la búsqueda de la solución, a algo que, como lo justo natural, se le presenta indeciso, dudoso y hasta incógnito.

El otro obstáculo que divisamos es el de que lo justo natural se resuelve, finalmente, en la llamada “naturaleza de las cosas” y, en último término, en el creador de todas éstas, en Dios, con lo cual se sacralizan —a nuestro entender indebida e innecesariamente— los problemas de la justicia entre los hombres. Por lo mismo, al controvertir este reenvío a lo justo natural, estamos —es cierto— secularizando esta parte de la teoría jurídica y, por consiguiente, haciéndonos merecedores del reproche de querer tal vez negar la existencia de Dios por esta vía tan recorrida en nuestro siglo: la de querer secularizarlo todo.

Sin embargo, pensamos que la secularización del pensamiento no tiene que ser vista como si ella implicara, de modo necesario, la negación

ción de Dios, sino, antes bien, como una especie de consciente y gradual purificación de la idea de Dios y de su presencia en el mundo, en la medida en que se releva a la divinidad de roles o intervenciones extrañas y subalternas, reduciéndola al campo que le es propio: el del ulterior sentido de la existencia y el del destino que espera a los hombres después de la muerte.

Quizá valga recordar, por lo mismo, aquella reflexión del Padre De Lubac: el hombre no está instalado en el mundo ya hecho en forma bestial o miserable. Cuando Dios hubo creado al hombre, descansó en el séptimo día, lo que significa que, en adelante, tendría alguien que ocuparse del resto.

Por todo lo dicho, cabe entonces preguntarse acerca de qué otras referencias pueden resultar pertinentes en relación con el problema de las fuentes de la decisión equitativa, ya sea que se las mire como complementarias o alternativas de la solución aristotélica, que, como vimos, remite al juez al derecho natural.

A nuestro entender, tales referencias son las siguientes:

a) La solución de equidad es siempre una construcción estimativa que tiene lugar en la conciencia del juzgador, quien, a través de su propia deliberación, forja una idea acerca de lo justo en relación con el caso de que se trate. Por tanto, el propio juzgador es la fuente de la decisión equitativa;

b) Para dar la correspondiente solución de equidad, el juzgador cuenta, ante todo, aunque no únicamente, con dos elementos: por una parte, su propia conciencia valorativa que, aún estimada libre de los factores o antecedentes que se indicarán más adelante, le permite considerar, sopesándolas en su mayor o menor corrección, las alternativas de decisión que el caso permita; y, por otra parte, el propio caso o asunto que el juzgador deba resolver, cuyos hechos y circunstancias constitutivas delimitan un marco objetivo al que se circunscribe la atención y la actividad de dicha conciencia valorativa.

En este sentido, puede decirse, con Aristóteles, que la sentencia del juez se acomoda mejor a los hechos que la disposición abstracta y general de la ley, al modo de “la regla de plomo usada en la arquitectura de Lesbos, regla que se acomoda a la forma de la piedra y no permanece la misma”;¹⁴

c) Lo anterior no significa que la solución de equidad se construya arbitrariamente por el juzgador; cosa distinta, dicha solución vendrá determinada, en mayor o menor medida según los casos, por distintos antecedentes, elementos o factores que, combinados entre sí y debi-

¹⁴ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit, Libro V, Capítulo X, pág. 131.

damente ponderados por la percepción valorativa del juzgador, coadyuvan a formar el criterio de éste;

d) El primero de tales antecedentes o factores que conducen a la solución de equidad, podrá ser el conjunto de normas o principios que conformen lo que comúnmente se llama “derecho natural”, pero únicamente a condición de que el juzgador atribuya a este derecho una existencia objetiva y sienta que cuenta con medios fiables para alcanzar su verificación igualmente objetiva. A la vez, es menester que el derecho natural, dotado de existencia objetiva y también de la posibilidad de acceder a un conocimiento del mismo, provea directamente la solución, puesto que nadie afirma que el derecho natural constituya un ordenamiento jurídico completo;

e) Por su parte, los denominados “principios generales del derecho”, que comparten con la equidad el carácter de fuente supletoria del derecho, aunque no deben ser confundidos con ésta, constituyen, también, una referencia útil para la construcción del fallo de equidad, en el sentido de que, debidamente inteligidos por el juzgador, demarcan, de modo más o menos objetivo, un ámbito de sentido que éste no puede traspasar con su decisión equitativa.

Los principios generales del derecho, entendidos no a la manera de las doctrinas del derecho natural, sino como directrices que informan un determinado derecho positivo con realidad histórica y que el juzgador puede conocer en utilización del método sistemático referido a las normas, instituciones y sectores de regulación del mismo ordenamiento, pueden ser presentados, así, no sólo como hitos encauzadores de un eventual fallo de equidad, sino, más propiamente, como unos ciertos límites a que el juzgador deberá acomodar el contenido de su decisión equitativa, de modo que ésta no entre en contradicción flagrante o grosera con el espíritu general del determinado derecho positivo que autorice el correspondiente fallo de equidad;

f) Otro factor que obrará seguramente sobre el juzgador, será la eventual existencia de precedentes en materia de equidad. Así, la mayor ciencia del juzgador, en cuanto le permita un conocimiento de las decisiones de equidad que antes se hubieren emitido en relación con casos similares, puede constituir, también, un antecedente de importancia en la determinación del específico contenido del fallo de equidad.

La combinación de la equidad con el precedente es, así, perfectamente posible, como lo demuestra, por lo demás, la evolución que la institución de la *Equity* tuvo en el Derecho inglés, especialmente

desde los inicios del siglo XIX.¹⁵ Efectivamente, las decisiones de equidad, por su naturaleza únicas e irrepetibles, pueden, no obstante, llegar a constituir una masa de precedentes a la que el juzgador se sienta vinculado de un modo tan obligatorio como en el caso de la ley;

g) Es igualmente posible, a nuestro entender, que un elemento significativo en la deliberación que conduzca al fallo de equidad, esté constituido, en ciertos casos, por el empleo del razonamiento por analogía.

Ello ocurrirá cuando el derecho preexistente al caso, ya sea de naturaleza legal o consuetudinaria, provea una solución para un hecho parecido aunque no idéntico al que el juzgador deba conocer y fallar, y éste arribe al convencimiento de que es equitativo o justo trasladar dicha solución al caso no resuelto.

En verdad, la analogía es una construcción lógica de la que hace uso el juzgador a condición de estar persuadido, previamente, de la bondad o conveniencia de extender la solución legal dada al caso previsto a otros hechos o hipótesis que no coinciden cabalmente con aquél. Por lo mismo, si bien puede sostenerse que la solución administrada finalmente en relación con el caso no previsto se desprende como resultado del razonamiento por analogía, ello es así sólo desde un punto de vista formal, porque lo que aparece de manera sustantiva —lo admita o no así el juzgador en la parte considerativa de su fallo— es la estimación que de dicho resultado hace el propio juzgador como algo justo o recomendable;

h) La solución de equidad vendrá también influida por las valoraciones e ideas que, presentes en la conciencia del juzgador e independientemente de que se las entienda como mera expresión de su subjetividad o bien asentadas en premisas objetivas y trascendentes a la individualidad de éste y a su percepción intelectual y valorativa, pre-existen al caso y a la solución que a éste finalmente se administre;

i) Es probable que jueguen también un papel importante en este sentido las llamadas valoraciones socialmente dominantes, que, arraigadas fuertemente al interior de la comunidad histórica dentro de la cual actúa el juzgador, circundan a éste e intentan, igualmente, concretarse a través de sus decisiones;

j) Finalmente, valga decir que todos estos antecedentes o factores, de tan variada naturaleza y a menudo interrelacionados de modo recíproco, determinan la solución de equidad, en mayor o menor medida según los casos y de manera más o menos consciente para el

¹⁵ Véase Gustav Radbruch, *El espíritu del Derecho inglés*, Revista de Occidente, Madrid, 1958, traducción de Fernando Vela, págs. 52 y siguientes.

juzgador. La solución de equidad, por lo mismo, aparecerá siempre como una decisión voluntaria y razonada de éste —y a menudo lo será—, aunque sus raíces —sus fuentes— puedan ser rastreadas en el juego simultáneo y no siempre pacífico de esta suma de factores diversos e influyentes.

Por lo mismo, y en el supuesto de que se descartare la posibilidad práctica de que sea el derecho natural el que proporcione directamente la anhelada solución, no será infrecuente la probabilidad de que frente a un mismo caso distintos juzgadores puedan forjar, a un tiempo, soluciones de equidad que no coincidan exactamente entre sí.

Dicha posibilidad tiene, en verdad, mucho de inquietante, en cuanto no asegura soluciones paradigmáticas, pero, a la vez, ilumina útilmente las dimensiones de búsqueda incesante y creadora que tiene la pregunta por la justicia, ya sea que se la refiera a la justicia absoluta o a la denominada justicia del caso particular.

A la vez, estoy bien consciente que este conjunto de factores o elementos previamente individualizados y que pueden concurrir a la formación del fallo de equidad, constituyen algo así como un itinerario positivo que el juzgador está en condiciones de recorrer toda vez que no atribuya existencia objetiva al derecho natural o suficiente fiabilidad a los métodos o procedimientos para acceder a él, con lo cual se quiere sugerir que la equidad puede continuar siendo vista como una fuente formal del derecho, aun en el evento —seguramente desesperanzado, pero frecuente— de que el juzgador descrea de la existencia del derecho natural o, lo que a fines prácticos resulta equivalente, perciba de él sólo su silencio.

Al admitir tales hipótesis, no se trata, por cierto, de restar importancia a la pregunta por el derecho natural ni a las investigaciones que se han realizado, o que se realicen en el futuro, para proponer posibles respuestas a dicha pregunta. Y ello, porque esta última afirmación nuestra, que mantendríamos aun en el caso de que la faena de inquirir por el derecho natural no respondiera más que a una infecunda pero invencible nostalgia, se debe conectar, quizá, con aquella grave advertencia de Malraux: si muchas civilizaciones han negado la existencia del alma, que no sea la nuestra, sin embargo, la que llegue hasta afirmar que el alma carece de toda importancia.¹⁶

¹⁶ Andre Malraux, *La hoguera de las encinas*, Sur, Buenos Aires, 1972, traducción de Enrique Pezzoni, pág. 49.