

## ***AEQUITAS – EQUITY***

**Luis Mariano Robles Velasco**  
*Universidad de Granada*

**Resumen:** La *aequitas* romana como sinónimo de lo verdadero, lo exacto, lo justo, tiene su antecedente en la *epiqueya* griega, su reflejo tanto en *aequitas* canónica como en la *equity* anglosajona, y su plasmación en los ordenamientos contemporáneos. De ahí su gran importancia cuando resulta imposible o injusta la aplicación rigurosa de la norma, máxime en aquellos sistemas jurídicos en formación bien por carencia de normas, o bien, pese a existir, si contienen abundantes lagunas. En este trabajo nos ocuparemos de un somero análisis de la equidad romana y sus relaciones con la *equity*, sus diferencias, similitudes e influencias.

**Palabras clave:** *aequitas*, *epieikeia*, equidad, lagunas, sistemas legales, jurisprudencia.

**Abstract:** The Roman *aequitas* -as a synonymous of the exact and just thing- has it antecedent in the Greek *epiqueya* but has also a reflection in the canonical *aequitas*, the Anglo-Saxon *equity* and, in general, in the contemporary legal systems. For that reason the *aequitas* has a great importance whenever the application of a legal norm becomes impossible or extremely unjust; and specially in those systems that are in formation or that contain abundant lagoons. In the present work we will make a brief exam and analysis of the roman *aequitas* and of the relations, differences, similarities and influences with the *equity*.

**Keywords:** *equity*, just thing, legal systems, legal lagoons, jurisprudence.

La tarea de definir la equidad es una cuestión muy discutible<sup>1</sup>. Porque hay quien dice que la *equidad*, no debe ser ni definida, ni valorada, ni cuantificada<sup>2</sup>. Si hay una constante en la historia y en el concepto de equidad desde el punto de vista funcional, es la de que no es posible formular un concepto unitario: desde la *epieikeia* griega a la *aequitas* romana, de la *aequitas* canónica a la *equity* anglosajona -y norteamericana-, hasta la equidad tal y como se manifiesta en los distintos ordenamientos jurídicos contemporáneos, la conceptualización de este concepto en la ciencia jurídica es tan plural que es vano todo intento de encontrar una sistematización temática unitaria de un concepto claramente polisémico. La polisemia del término *equidad*<sup>3</sup>, solo es comparable a la polisemia del propio término “Derecho”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> El concepto de equidad se ha manifestado en diversas acepciones a lo largo los distintos períodos de la historia. Se pueden encontrar una serie de etapas en la evolución de dicha denominación: 1.- La “*epieikeia*” griega -como justicia del caso concreto sobre la base de las concepciones de dos de los filósofos más importantes de la época, Platón y Aristóteles, así como en algunas de las corrientes filosóficas como el estoicismo-; 2.- La “*aequitas*” romana -con una evolución importante desde la época clásica al Derecho justiniano-; 3.- La “*aequitas*” cristiano-canónica; 4.- La equidad en las escuelas medievales; 5.- El desenvolvimiento posterior del concepto y su conexión con la *equity*. M. J. FALCON Y TELLA, *Equidad, Derecho y Justicia*, Madrid, Ed. Ramón Areces, 2005, pp. 27 ss..

<sup>2</sup> Decía José Luis de los Mozos, con la *equidad* pasa un poco como con los *principios*, dado que la equidad también es un principio, pues, de alguna manera, depende de la ciencia y de la conciencia del juez, y que, por ello, nunca resulta en la práctica algo neutral u objetivo, como sería de desear. *Vid. J.L. DE LOS MOZOS*, “La equidad”, *RGLJ* 55 (1972) pp. 7 ss.. *Vid.* “El anteproyecto de código europeo de contratos...”, p. 6. Véase también, *Idem*, “La equidad”, *Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje a Sela Sampil I* (Oviedo 1970) pp. 147 ss..

<sup>3</sup> La palabra “equidad” es un término ambiguo. En el lenguaje común significa igualdad, tranquilidad, entereza, benignidad, justicia, moderación, flexibilidad. A esta multiplicidad de significados genéricos hay que añadir otra variedad de acepciones técnicas en el ámbito jurídico, como veremos. M. J. FALCON Y TELLA, *op. cit.*, p. 38 n. 26.

<sup>4</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, *La formulación judicial del Derecho*, Madrid 1954, pp. 73 ss.. En este sentido, así lo afirma F. D'AGOSTINO, *La tradizione dell'epieikeia nel Medioevo latino. Un contributo alla storia dell'idea di equità*, Giuffrè, Milano 1976, p. 3.

Por ello, la equidad cobra un papel preponderante en los casos en los que resulta imposible o sumamente injusta la aplicación rigurosa de la norma jurídica. De ahí que en sistemas de clara estabilidad legal, el recurso a la equidad suele ser poco habitual y necesario; en cambio, su aplicabilidad es más acusada en momentos o sistemas jurídicos con un derecho en formación, por carencia o falta de normas, que dan lugar a abundantes lagunas en el ordenamiento jurídico.

## I. LA AEQUITAS ROMANA

### I.1. La *aequitas* como justicia “igualitaria”

El sentido que tradicionalmente se atribuye a la *aequitas* romana se corresponde con lo verdadero, lo exacto, lo justo. Según algunas fuentes autorizadas, de ahí la diferencia entre la *aequitas* y la *epiqueya* griega. Mientras que *epiqueya* expresa la idea de "conveniencia", el término *aequitas* implica la de "rectitud", la de equilibrio<sup>5</sup>.

La *aequitas* romana parece hacer alusión a la finalidad de la búsqueda de un equilibrio entre intereses iguales y semejantes, igualando a los individuos, los *cives*, como componentes de la urbe. Contraponiéndose *ius* y *aequitas*. *Ius*, como norma que reciben los hombres de los dioses, tiende a regularizar el orden social, la jerarquía normativa, la vertebración en un orden social general. La *aequitas* en cambio tiende a la búsqueda del equilibrio, la adecuación a la realidad social. Mientras *ius* busca la igualdad del tratamiento para todos los supuestos, la *aequitas* busca la conciliación de los intereses individuales<sup>6</sup>.

### I.2. El concepto de "aequitas" en las distintas etapas del Derecho romano

Si antes veíamos que la equidad romana buscaba el equilibrio entre los intereses generales y los individuales, pero sin que nadie pueda reclamar un trato privilegiado por encima de otro. Este es el sentido de la Tabla IX: *Privilegia ne irrogantio*<sup>7</sup>..., esto es, los privilegios no serán reclamados... (*No se reclamaran leyes especiales para nadie*)<sup>8</sup>. En ello se asemeja a la máxima inglesa “*equality is equity*” (igualdad es equidad)<sup>9</sup>. Sin embargo, ya Gayo advierte de las *iniquitates* en la ley de las XII Tablas, por su carácter formal y rígido, lo que hace necesario su modulación para adecuarla a la vida cotidiana y real<sup>10</sup>. Transformación del *ius civile*, que operará en el derecho romano clásico a través del edicto del pretor. De esta forma, la *aequitas* se va conformando como una excepción al *ius civile*, al derecho estricto<sup>11</sup>, como advierte el

<sup>5</sup> M. J. FALCON Y TELLA, *Equidad, Derecho y Justicia*, op. cit., p. 49.

<sup>6</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS: *La idea de equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas afines*, Madrid, Reus, 1950, pp. 10 ss.; A. GUARINO, "Equità. Diritto romano", NDI VI, 3-a (1957) p. 620; J.A. ZARZALEJOS, "Equidad", *Gran Enciclopedia Universal*, t. 8, p. 3448.

<sup>7</sup> AA.VV., *Textos de Derecho Romano*, (R. Domingo coord.), Navarra, Ed. Aranzadi, 2002, p. 33.

<sup>8</sup> El propio término *privilegium*<sup>8</sup> de *privus*, privado, como especial disposición que referida a un particular puede tener un contenido favorable o desfavorable según las épocas. Así en la ley de las XII Tablas se prohíben los privilegios (*privilegia ne irrogato*, tabla IX, 1), mientras que a finales de la República aun conserva el sentido desfavorable (*Lex Clodia*, ann. 58 a.C.). Durante el Principado comienza a abrirse paso la consideración de algo favorable o desfavorable según los casos hasta decantarse en el Bajo imperio por el sentido de regla en favor de una persona por contraposición al derecho común. ANDREOLI, *Dei privilegi*, Bologna-Roma 1960; V. TUCCI, *I privilegi*, Torino 1985, p. 452.

<sup>9</sup> Es la misma idea que late en el concepto tradicional de la justicia, noción estrechamente relacionada con la equidad. No otra es la operación de la justicia, sino igualar, ajustar dos cosas según su regla, medir con su metro para identificar una cosa con otra por medio de proporción equitativa o igualitaria. M. J. FALCON Y TELLA, op. cit., p. 49.

<sup>10</sup> El tema de la equidad en el Derecho romano ha sido también muy estudiado por F. PRINGSHEIM, "Ius aequum' und ius strictum", *Zeitschrift Savigny-Stift.*, R.A. 42 (1922) 643 ss.; "Aequitas' und 'bona fides'", *Conferenze per il XIV Centenario delle Pandette* (Milano 1931) pp. 184 ss.; "Bonum et aequum", ZSS 52 (1932) 78 ss..

<sup>11</sup> "Es muy probable que sea en este sentido (como conformidad o no de la norma con la conciencia social, como "actualidad" o "inactualidad" de la norma) como los romanos han aplicado inicialmente las valoraciones de *aequum* o

propio Cicerón<sup>12</sup>, ya que una aplicación demasiado rigurosa del derecho es fuente de injusticia: “*summum ius, summa iniuria*”<sup>13</sup>.

Este contraste entre el *ius* y la *aequitas* es una constante que se reproduce en otros ordenamientos jurídicos<sup>14</sup>, y que operaba con gran fuerza, en Roma, donde se aprecia un constante esfuerzo por superar el *ius strictum* del viejo *ius civile*, a través del edicto del pretor y la tarea de los jurisconsultos romanos que asesoraban al pretor, creando la *iurisprudentia*.

### I.2.1. El Edicto del Pretor: la contraposición entre el *ius civile* y el *ius honorarium*

Lo que introduce el edicto del pretor a través del *ius honorarium*, sobre todo en los casos en los que se veían envueltos los *peregrini*, es un derecho igualitario, equitativo<sup>15</sup>, que va a resultar de aplicación no solo a ciudadanos romanos, sino que va a dar un tratamiento igual para latinos y no latinos, ciudadanos y extranjeros, libres e *ingéni*, patricios y plebeyos. Operación igualitaria, que se denomina *aequitas*. De esta forma, *aequitas* va a significar tratamiento igual, parecido, o semejante.

Pero lo curioso, a decir de Margarita Fuenteseca<sup>16</sup>, es que mientras el *ius honorarium*, por derivación del viejo *ius civile*, flexibiliza, transforma, modera, a través de sucesivas ampliaciones y de estratos jurídicos (siguiendo a Kaser<sup>17</sup>), aunque sea erróneo limitar solo al *ius honorarium* a las medidas procesales<sup>18</sup>, otra autora como María José Falcón<sup>19</sup>, insinúa que se produce un fenómeno inverso: el procedimiento formulario que en principio fue desarrollado por el pretor *peregrinii*, por esas mismas características de flexibilidad y sencillez, cuando los litigios caen bajo el ámbito del pretor *urbanus*, que solo operaba en los litigios entre *cives*, acabó por intervenir en los nuevos casos y tipos de relaciones sobre la base de la *aequitas*. Así mientras que el *praetor peregrinus*, no aplicaba el *ius civile*, ni operaba sobre el antiguo procedimiento de las *legis actiones*, el *praetor urbanus* conocía de litigios exclusivamente *inter*

de *iniquum* a su *ius* y en general a su ordenamiento jurídico estatal. La hipótesis del *ius civile* como derecho estricto, de su no correspondencia a la conciencia social de la Roma de los primeros siglos, se debe fundamentalmente a la concepción del *ius civile* como un ordenamiento eterno e inmutable”. A. GUARINO, “Aequitas (Diritto romano)”, NNDI VI (1960) 620 ss., p. 621.

<sup>12</sup> S. RICCOPONI, “Ius est ars boni et aequi”, *Ann. Catania* 49-50 (1947) pp. 223 ss.; “Aequitas”, NDI 1 (Torino 1937) pp. 210 ss.; “Humanitas”, *Atti Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto* II (1951) 207 ss.; “La definizione del «ius» al tempo di Adriano”, *Ibid.* 53-54 (1948) 5 ss..

<sup>13</sup> J. STROUX: “Summum ius summa iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte des interpretatio iuris”, *Festschrift Paul Speiser-Sarasin zum 80 Geburstag*, Leipzig-Berlin, B.G. Taubner, 1926. Hay trad. it. en los *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo* 12 (1929) 647 ss..

<sup>14</sup> Como la tensión que se producía en Grecia se producía entre “*nomos*” y “*epieikeia*”, en Inglaterra entre el “*common law*” y la “*equity*” o en el mundo germánico entre el “*strenges Rechts*” y la “*Billigkeit*”. Mª J. FALCON Y TELLA, *Equidad, Derecho y Justicia*, op. cit., p. 52.

<sup>15</sup> “La multiplicación de las relaciones comerciales entre ciudadanos y extranjeros induce a Roma, en el año 242 a.C., a la creación del *praetor peregrinus* “qui inter cives et peregrinos vel inter peregrinos (naturalmente, in urbe Roma) ius dicit”. A. GUARINO, “Aequitas”, cit., p. 622.

<sup>16</sup> El *ius civile* se puede considerar como una ordenación jurídica cerrada que surgió para la regulación de las relaciones *inter cives* ya en época romana arcaica y según Kaser, no se puede denominar ordenamiento, si se entiende por tal una unidad capaz de existir autónomamente, se trate de todo el derecho o de alguna de sus partes. Tampoco el *ius honorarium*, separado del *ius civile*, sería apto para la existencia independiente. Pero, según Kaser, el *ius civile* va perdiendo su vigencia en la medida en que los pretores realizan las reformas jurídicas no dentro del mismo *ius civile*, sino con instrumentos procesales, dejando de ser el *ius civile* la única ordenación jurídica aplicable al pueblo romano. M. FUENTESCA DEGENEF, “El dualismo *ius civile-ius honorarium*”, Iustel.com, RGDR 7 (Dic 2006).

<sup>17</sup> Kaser evita la calificación de sistemas jurídicos respecto al *ius civile* y al *ius honorarium*, y propone como más útil la expresión “*Rechtsschichten*”, estratos jurídicos. M. KASER, “Zum *ius honorarium*”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Ursicino Álvarez* (1978) p. 232; Idem, “*Ius honorarium und ius civile*”, ZSS 101 (1984) 1 ss..

<sup>18</sup> M. KASER, “Zum *ius honorarium*”, op. cit., p. 239.

<sup>19</sup> Mª J. FALCON Y TELLA, *Equidad, Derecho y Justicia*, op. cit., p. 53.

cives, aunque poco a poco, y a través del edicto, los pretores no se iban a limitar a aplicar la ley, sino que llegado el caso podían suplirla, desarrollarla o corregirla, como manifestación de un auténtico "*imperium*" del magistrado. De ahí que la pura aplicación de las leyes antiguas, *ius vetus*, y su control a través de la *denegatio actionis* o las *exceptiones*, suponía en la práctica la exclusión de la equidad, ya que el rigor ceremonial del procedimiento se convertía en obstáculo insalvable.

Pero paulatinamente, especialmente desde la *Lex Aebutia*, del siglo II a.C., se facultó a los ciudadanos romanos a dirigirse al *praetor urbanus* a través del procedimiento formulario, en vez de utilizar el arcaico proceso de las *legis actiones*. De esta forma acabó por intervenir en nuevos tipos de casos y relaciones jurídicas sobre la base de la *aequitas*, apareciendo un *ius novum* que permitía aplicar una nueva forma de derecho a casos semejantes a los *stricto sensu* contemplado en la ley. De ahí que la *aequitas* comienza a abrirse paso a través del poder expansivo del *ius honorarium* e introduciéndose en el *ius gentium* y en el *ius naturale*. Así nos lo recuerda Daza<sup>20</sup>, aunque en realidad ya lo dijera Cicerón, la equidad no es extraña al *ius civile*: *ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt*<sup>21</sup>, y mucho menos es ajena al *ius gentium* y al *ius naturale*. Cosa que tiempo después reconoce Paulo (D.1,1,11): *Cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale* [se llama derecho a lo que es siempre equitativo y bueno, como es el derecho natural]. Por otra parte, Iglesias<sup>22</sup>: *la aequitas triunfa en el ius gentium abriendo camino al Derecho universal*.

### I.2.2. La *aequitas* y la jurisprudencia romana. La influencia del cristianismo

Sabido es que la tarea de los jurisconsultos romanos es la de ser unos elaboradores del derecho más que unos meros comentaristas estrictos de leyes y edictos anteriores, aunque también los hubiera, según Fadda<sup>23</sup>. Y su visión del derecho les lleva a una búsqueda de la solución justa o equitativa, lo que produce en la jurisprudencia una transformación que la convierte en la ciencia del Derecho, aportando un matiz práctico sobre la base de la equidad, frente a la aplicación *stricti juris* de las *legis actiones*, configurándose a partir de entonces como una interpretación o aplicación de las *actiones in bonum et aequum conceptae*. De esta forma, los pretores a través del Edicto no aplicaban estrictamente la ley, sino que podían suplirla, desarrollarla o corregirla<sup>24</sup>. Para los jurisconsultos romanos existía una correlación entre *aequitas* e *ius*. La equidad no era algo contrapuesto al Derecho, sino el Derecho mismo. La jurisprudencia, entendida como Ciencia del Derecho, estaba encaminada a adaptar el Derecho a las circunstancias de la vida, y la *aequitas* era uno de los medios de que se valía el jurista en el desempeño de esta tarea<sup>25</sup>.

Con la llegada y el triunfo del cristianismo en el derecho post-clásico aparece una concepción de la *aequitas* como *humanitas*, *benignitas*, *pietas*, *clementia*, *charitas*, tomando un cariz de mitigación del rigor de la ley en el que intervienen motivos éticos, políticos o culturales, a

<sup>20</sup> J. DAZA: "Aequitas et humanitas", *Est. Homen. J. Iglesias III* (Madrid 1988) pp. 1219 ss..

<sup>21</sup> Cicerón, *Top.* 2, 9.

<sup>22</sup> J. IGLESIAS, *Derecho romano*, Barcelona 1962, p. 92.

<sup>23</sup> C. FADDA, *L'equità e il metodo nei giureconsulti romani*, Macerata, Bianchini, 1881, pp. 14 ss..

<sup>24</sup> M. J. FALCON Y TELLA, *Equidad, Derecho y Justicia*, op. cit., p. 57.

<sup>25</sup> "No se entendería bien la historia de la equidad en el Derecho romano si no se prestase atención a la confusión de las distintas fuentes del Derecho y del poder judicial con el legislativo, de la ciencia con la legislación, que duró durante todo el tiempo de elaboración del Derecho romano. Las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, los edictos de los magistrados, las respuestas de los jurisconsultos, las decisiones del príncipe, las costumbres, eran algunas de las fuentes del Derecho. Los magistrados, hasta que conservaron el poder de dictar edictos, eran, además de jueces, legisladores: no sólo juzgaban en los casos sometidos a su decisión, sino que a través del edicto daban normas vinculantes con carácter general": C. PERRIS, "Equità", *NDI V* (1938) p. 447. M. J. FALCON Y TELLA, *ibidem*.

veces coyunturales o interesados, mas que generales para evitar que el Derecho absoluto se convierta en la injusticia absoluta, según el ciceroniano *summum ius, summa iniuria*<sup>26</sup>.

Con Justiniano y el *Corpus Iuris Civilis*, la equidad, como la *bona fides*, se convierten en principios prototípicos jurídicos, en la *aequitatis naturalis*, en la *naturalis ratio*. Con ello, la equidad no es solo la intención de mitigar el rigor de la ley, como ocurría en la etapa anterior, sino que comienza abrirse paso una nueva idea introducida por el pensamiento cristiano, de la equidad como emanación o derivación de un Ser divino, del cual el hombre es solo un mero interprete de manera que la *benignitas, pietas*, y sobre todo la *charitas* tiene sentido no como especulación jurídica, sino como concepto religioso: la *sanctitas*<sup>27</sup>.

De esta forma, y merced a la influencia cristiana y canónica, la equidad adopta la forma de una virtud humanitaria y un modo de impartir justicia de forma benévola y moderadora. Es el momento de la Patrística, de la que son claros exponentes San Agustín y Santo Tomás de Aquino, y con base al Decreto de Graciano<sup>28</sup>, a propósito del establecimiento de un límite al deber de obediencia de los fieles respecto a los sacerdotes, en el caso de que se trate de obedecer un mandato injusto, establece una jerarquía en las normas jurídicas, situando en primer lugar la *aequitas*, como la *voluntas Dei*, en segundo la *iustitia* como *aequitas in voluntate hominis* y en tercer lugar, el *ius* como *talis voluntas redacta in praceptionem*, jerarquía que será retomada por San Agustín y luego por la Escolástica posterior bajo las siguientes expresiones: 1. *Aequitas*, como *Lex Aeterna*. 2. *Iustitia* como *Lex Naturalis* y 3. *Ius* como *Lex Positiva*. A su vez, San Isidoro de Sevilla<sup>29</sup> -a cuya *auctoritas* apela Graciano- establece, a su vez, una especie de gradación entre la justicia, la equidad y la misericordia: “la Justicia dictaría las sentencias; la Equidad la corregiría, si bien permaneciendo dentro del Derecho; y, finalmente, la Misericordia conduciría a una indulgencia que trasciende al Derecho<sup>30</sup>”.

La equidad aparece así en el cristianismo como “una justicia edulcorada, suavizada por la dulzura de la misericordia -*iustitia dulcore misericordiae temperata*-; como una excepción a la ley por motivos religiosos. Por ello, la equidad cristiana, frente a la equidad romana, se dota de un marcado contenido teológico de aquélla, como reflejo de la voluntad de Dios.

## II. LA EQUIDAD Y LA CODIFICACIÓN

El voluntarismo jurídico recogido en la ley, como expresión de voluntad del parlamento soberano y base del movimiento codificador, sienta una cierta desconfianza, como hiciera Montesquieu y otros padres del constitucionalismo del siglo XVIII, contra el arbitrio judicial que entienden radicado en la equidad como interpretación subjetiva. Son tiempos en los que se impone el positivismo jurídico y el imperio de la ley (el principio de legalidad) que da prioridad a los códigos y a las constituciones como fuente principal del derecho, lo que les convierte en cuerpos rígidos y petrificados. Este positivismo jurídico y la necesidad que las normas

<sup>26</sup> B. BIONDI, “Humanitas nelle leggi degli imperatori romano-cristiani”, *Fontes Ambrosiani* 26 (Milano 1951); *Diritto romano cristiano, II, La Giustizia - Le persone*, Milano 1952, pp. 28 ss.; “Equitá e bona fede”, *Scritti Giuridici I* (Milano 1965) pp. 93 ss..

<sup>27</sup> J. DAZA, *op. cit.*, pp. 1226 ss., recuerda algunos textos de Constantino: *Causa novae misererationis debet inquiri, ut, si critra despectionem fiat, postulata humanitas praebeatur* (C.Th.9,37,1); “*humanitatis consideratione, si tempora suffragantur interponenda provocationis copiam non negamus*” (C.Th.1,12,5, a. 396); *quibus humanitatis et letationis intuitu extra praefinita loca mercandi copiam non negamus* (C.1,4,3,4); *quamvis eos, qui tertio edicto vocati..., legum severitas obnoxios daciat coetibus curiarum, tamen humaniorem placuit sequi viam* (CTh.12, 1,3).

<sup>28</sup> Gracianus, *Dictum post c. 90*, C. XI, q. 3.

<sup>29</sup> C. 10 de la D. XLV.

<sup>30</sup> Mº J. FALCON Y TELLA, *Equidad, Derecho y Justicia*, *op. cit.*, p. 66, n. 86.

garanticen la seguridad jurídica producen el efecto de limitar la libertad del juez frente a la ley escrita, limitando los reenvíos a la Equidad, solo si la ley expresamente lo autoriza, lo que ocurre tanto en el Código de Napoleón, como en nuestro propio CC. Español<sup>31</sup>.

Así resulta que Equidad y Derecho se relacionan en la Codificación como términos antagonicos. La equidad puede ser apreciada por el juez, pero solo si la propia ley lo permite, de esta manera la equidad detrás del propio derecho, o como dice la máxima inglesa: *equity follows the law* [la equidad sigue al Derecho]. Lo que nos lleva a tratar la equidad en los distintos ordenamientos jurídicos.

### III. LA EQUIDAD Y LOS DISTINTOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS: LA *EQUITY* ANGLOAMERICANA

Para tratar de la equidad en relación con los distintos ordenamientos jurídicos deberíamos de ocuparnos de los sistemas jurídicos más relevantes tanto en el derecho occidental<sup>32</sup>, con dos grupos, que podrían ser el grupo latino y el grupo angloamericano, y por otra los sistemas de la Europa del este, como sería en el Derecho soviético, y los otros ordenamientos más o menos ajenos al mundo occidental como serían en el musulmán, el hindú y el chino, pero es obvio que excedería de los límites tanto de espacio como de conocimientos de nuestra intervención. Nos vamos a limitar someramente a las relaciones con la *equity* angloamericana.

Hemos de advertir que no se puede hablar de una cultura anglosajona uniforme<sup>33</sup>, aun cuando el más relevante sea el derecho inglés, presentando el derecho norteamericano caracteres propios y peculiares<sup>34</sup>. Lo paradójico es que el sistema anglosajón, que no es de base romanista en líneas generales, sin embargo en materia de equidad se da una cierta analogía entre el derecho anglosajón y el romano, como ocurre entre la jurisdicción del canciller inglés y el pretor.

Es verdad que hasta ahora se consideraba el carácter eminentemente romanista de los sistemas jurídicos continentales, por el contra de la escasa influencia del Derecho romano en la formación del Derecho inglés<sup>35</sup>. Pero, quizás, donde mejor se plasma la separación entre los sistemas de tradición jurídica continental y los anglosajones es en su sistema de fuentes<sup>36</sup>. El Derecho inglés es un sistema de casos<sup>37</sup> -*case law* en sentido amplio-, un Derecho eminentemente jurisprudencial<sup>38</sup>. El sistema de fuentes inglés funciona del siguiente modo:

<sup>31</sup> Este es el sentido de equidad a la que se refiere el Código Civil español: art. 3,2 CC.: "La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita".

<sup>32</sup> D. RENÉ, *Tratado de Derecho civil comparado: Introducción al estudio de los Derechos extranjeros y al método comparativo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953, cit. por J. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 54 n. 2.

<sup>33</sup> "...en la medida en que existen muy distintos sistemas del *common law*, si se considera no sólo el sistema inglés, sino también el escocés, el irlandés, el de cada uno de los diferentes Estados de EE.UU, el de las provincias canadienses, australianas o neozelandesas. Podría decirse que a la familia de los sistemas del *common law* pertenecen, salvo ciertas excepciones, casi todos los países de habla inglesa, aunque cabría destacar, por su importancia, básicamente dos de ellos: el Derecho inglés, que ha ocupado históricamente el puesto más relevante, y el Derecho estadounidense, desgajado del tronco madre de la antigua metrópoli, Inglaterra, y de enorme trascendencia en nuestros días, con caracteres propios y peculiares...". M. J. FALCON Y TELLA, *op. cit.*, p. 81.

<sup>34</sup> M.L. MARÍN CASTÁN, *Significado y alcance de la equity inglesa*, Madrid, Ed. UCM, 1985, pp. 10 ss..

<sup>35</sup> R.C. VAN CAENEGERM, *Pasado y futuro del Derecho europeo. Dos milenios de unidad y diversidad*, Madrid, Ed. Thomson-Civitas, 2003.

<sup>36</sup> M. J. FALCON Y TELLA, *Equidad, Derecho y Justicia...*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>37</sup>"La distinción entre el *derecho judicial* y el *derecho jurisprudencial* forma parte de uno de los presupuestos metodológicos de la conversación jurídica, y se remonta a la diversa forma de llevar a cabo la recepción del Derecho Romano en Inglaterra y en el resto de la Europa occidental con algunas diferencias. Así, mientras la recepción introdujo en todas partes, una jurisprudencia letrada que dio lugar a un reconocimiento desmesurado de la jurisprudencia clásica,

- a.- El Derecho creado por los jueces *-judge made law-*, que puede adoptar tres formas:
- a.1. El Derecho consuetudinario *-customary law-*, que comprende los usos tradicionales declarados por los Tribunales populares.
  - a.2. El Derecho de casos *-case law* en sentido estricto-, formado por las sentencias judiciales *-judicial decisions-*, creadas por los jueces.
  - a.3. La *equity*, entendida, no al modo romano-germánico –como hemos visto, como justicia del caso concreto, justicia moderadora-, sino por el contrario al modo anglosajón basado en la discrecionalidad de los jueces y árbitros a la hora de aplicar consideraciones generales de justicia a las controversias jurídicas<sup>39</sup>.
- b.- El Derecho legislado -o *Statute law*-, que se refiere al Derecho escrito, incluyendo no solamente la ley propiamente dicha -ley formal, o *Parliament Act-*, sino también las disposiciones administrativas de rango inferior a la ley<sup>40</sup>.

### III.1. La contraposición entre *Common Law* y *Equity*

El *Common Law* inglés es una abstracción de los principios emanados de los precedentes judiciales procedentes de los Tribunales reales de Westminster Hall (*Courts of Common Law*, corte judicial donde se conocían de causas de la Corona), base del Derecho público común a toda Inglaterra, frente al derecho basado en las costumbres locales.

Por oposición al *Common Law*, se conoce por *Equity*, el conjunto de principios basados en los precedentes del Tribunal de la Cancillería (o *Court of Chancery*), que es dos siglos posterior al de los *Tribunales del Common Law*<sup>41</sup>, y que luego veremos<sup>42</sup>. La lucha entre los Tribunales del *Common Law* y las actas del Parlamento (*Parliament Acts*) tiene un trasfondo político de más alcance, pues es la batalla contra el absolutismo regio representado en la máxima

revistiendo de una importancia extraordinaria la opinión de los juristas clásicos, en Inglaterra se llegó a la conclusión que había que limitar dicha fuerza, frente a los que mantenían la flexibilidad del sistema tradicional". J.L. DE LOS MOZOS, "El sistema del *Common Law* desde la perspectiva jurídica española", *RDP* (abril 1983) p. 323.

<sup>38</sup> En la recepción, según De los Mozos, se trataba de sustituir un derecho jurisprudencial por otro judicial, adaptado a las circunstancias y privilegios locales... Y puestos a escoger, escogieron el derecho local. El enfrentamiento de la nobleza medieval con el rey, en realidad, favorecía a los juristas, a igual que en el orden político lo que favorece al monarca, es un sistema de Derecho judicial donde los jueces son nombrados por la Corona. Por ello, el Derecho Romano Justiniano, evidentemente jurisprudencial, no se va a utilizar para favorecer la causa de los reyes (lo que fue considerado como Cesarismo). J.L. DE LOS MOZOS, "El sistema del *Common Law*, *cit.*, p. 323.

<sup>39</sup> El concepto anglosajón actual de *equity*, entendido como *equity jurisprudence* sólo tiene en común con la *aequitas*, aparte de su denominación y un inicial origen histórico, mas similar a la *aequitas canónica*, lo que tiene su razón de ser en cuanto que los Cancilleres ingleses eran eclesiásticos<sup>39</sup>, aun cuanto hoy en día, el equivalente de la noción de *equidad continental* no es la *equity*, sino, más bien, lo que se conoce como *natural justice*, o si se quiere la *equity jurisprudence* o jurisprudencia de equidad, como una rama del *case law* como categoría diferente tanto del *statute law*, como del *common law*, y que fue vinculada indisolublemente a la existencia de una institución histórica determinada: el Tribunal de la Cancillería -*Court of Chancery*-, M<sup>a</sup> J. FALCON Y TELLA, *op. cit.*, p. 86.

<sup>40</sup> Es necesario distinguir como según Marín Castán entre: 1.- Las decisiones de la *Cámara de los Lores*, que constituyen precedentes obligatorios que deben seguir todas las jurisdicciones. 2.- Las decisiones de la *Court of Appeal*- segundo tribunal en importancia y tribunal de apelación- constituyen precedentes vinculantes para todas las jurisdicciones inferiores jerárquicamente a este tribunal, y salvo en materia penal, incluso se imponen a ella misma. 3.- Las decisiones de cualquier tribunal de la *High Court* -juez ordinario y único en primera instancia- que vinculan a las jurisdicciones inferiores y, sin ser éstas estrictamente obligatorias, gozan de un gran prestigio y constituyen poderosas armas de persuasión, lo que les lleva a ser aceptadas y seguidas, en multitud de ocasiones, por las diferentes divisiones de la *High Court of Justice* y por la *Crown Court* - jurisdicción ordinaria en materia penal-. M.L. MARÍN CASTÁN, *Consideraciones sobre el Derecho inglés...*, *op. cit.*, p. 173 s..

<sup>41</sup> La equidad es aplicada por los Tribunales ingleses, pero a partir de la promulgación de las *Judicature Acts* (1873-1875) es competencia exclusiva de los denominados Tribunales de equidad (*Courts of Equity*). M<sup>a</sup> J. FALCON Y TELLA, *Equidad, Derecho y Justicia...*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>42</sup> M<sup>a</sup> J. FALCON Y TELLA, *Significado y alcance de la equity inglesa*, *op. cit.*, pp. 19 ss..

*princeps legibus solutus. Quod principi placuit legis habet vigorem*, [lo que al príncipe place, tiene vigor de ley], esto es, el uso de la prerrogativa real frente a otros poderes del Estado, como los Tribunales y el Parlamento<sup>43</sup>, lucha que en un principio era favorable a la *Equity*, pero que a la postre desencadenó una campaña contra la Chancillería, manifestándose en el comentario de Selden comparando a la *equity* con el pie del Canciller.

### III.2. *Equity* y el pie del canciller

Al igual que la *epieikeia* griega era la justicia del caso concreto, se comparaba a la *equity* emanada de los *writ*<sup>44</sup> con la tienda de un zapatero que tiene todo tipo y clase de hormas para los pies de los hombres, donde cualquiera puede encontrar más tarde o más temprano lo que le venga bien, ya sea grande ya pequeño.

Este sentimiento de desconfianza frente a la equidad, es lo que dio lugar al famoso aforismo del *pie del canciller* (*the chancellor foot*), que se atribuye al famoso jurista del siglo XVII John Selden<sup>45</sup>, que se opuso a las pretensiones absolutistas de los Estuardo y del que se publica, después de su muerte, un libro de aforismos bajo el título *Table Talk*, interesando aquí el que concierne al capítulo titulado *Equity*, en el que se refiere al canciller del reino, presidente de la *Court of Chancery*, que era una *court of conscience*, en oposición a una *court of law*, diciendo, poco más o menos, lo siguiente:

“La equidad es un mal negocio, pues el derecho es una medida en relación con la cual sabemos a qué atenernos. La equidad, en cambio, depende de la conciencia del que sea canciller, y como puede ser muy ancha o muy estrecha, así resulta también la equidad. Es como si la medida de longitud que denominamos un pie, dependiera de la longitud del pie del canciller”.

### III.3. Las XII Tablas de la *Equity*<sup>46</sup>

Puig Bruta<sup>47</sup> pone de relieve las analogías entre el primitivo Derecho romano y el planteamiento de la *equity* inglesa, aunque considera que es una falsa analogía la pretendida entre las llamadas *XII Tablas de la Equity* y la *Ley de las XII Tablas*, el primer cuerpo de leyes del Derecho romano, aunque no cabe duda que ambos son intentos de sistematización de una serie de reglas jurídicas. En cualquier caso, estas *XII Máximas de la Equity* encierran un intento doctrinal de sistematización, de recopilar una serie de reglas, a través de formulas sintéticas y lapidarias, que recogen los principios generales que inspiraron la actuación del Tribunal de la Cancillería. Estas máximas han sido fijadas por Snell<sup>48</sup> y seguidas por la mayoría de la doctrina. Son las siguientes:

<sup>43</sup> M. J. FALCON Y TELLA, *Equidad, Derecho y Justicia...*, op. cit., p. 95.

<sup>44</sup> Una institución originaria del Derecho inglés medieval -que se remonta a los tiempos de Enrique II- es el *Kings writ*, destinado a constituir el origen de las acciones procesales. La palabra *writ* que tiene diversas acepciones: como mandamiento, provisión, orden o decreto dictado por el rey, pero que con el paso del tiempo dejó de ser órdenes del monarca para convertirse en mandamientos de los jueces. Originariamente, el Canciller examinaba cada caso sometido a su jurisdicción para saber si procedía o no la concesión del *writ*, pero pronto se estableció una lista de *writ* (*los brevia formata o brevia de cursu*, al servicio de la ciudadanía, previo pago de los derechos a la Cancillería. M. J. FALCON Y TELLA, *Equidad, Derecho y Justicia*, op. cit., p. 93.

<sup>45</sup> J. POLLOCK, *Table talk of John Selden*, London 1927.

<sup>46</sup> M. L. MARÍN CASTÁN, "Los principios generales de la *Equity* inglesa: Aproximación a un tratamiento sistemático", *Revista de las Cortes* 16 (1989).

<sup>47</sup> Una similitud, en cambio, entre el sistema romano y el inglés sería la concepción de la jurisprudencia como ciencia, según el conocido brocario *Divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, frente a su consideración en el Derecho continental como fenómeno judicial. J. PUIG BRUTAU: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, ed. Bosch, 1953, pp. 87 ss..

<sup>48</sup> E.H. TURNER, *Snell's Principles of Equity*, 28 ed. por P.V. Baker y P.St.J. Langan, London, Sweet and Maxwell, 1982, p. 28. Como ayuda para los estudiantes en la lectura del tratado de Snell sobre la equidad, A. GIBSON: *Aids to*

- 1.- La equidad no tolera agravio sin reparación: *Equity will not suffer a wrong to be without a remedy.*
- 2.- La equidad sigue a la ley: *Equity follows the law.*
- 3.- Cuando la equidad favorece por igual a las dos partes, prevalece la solución legal: *Where there is equal equity, the law shall prevail.*
- 4.- Cuando la equidad favorece por igual a las dos partes, prevalece el derecho de quien es anterior en el tiempo. Es la conocida máxima latina, *prius tempore, potior iure*: *Where the equities are equal, the first in time shall prevail.*
- 5.- El que busca equidad debe proceder con equidad: *He who seeks equity must do equity.*
- 6.- El que acude a la jurisdicción de equidad debe tener la conciencia limpia: *He who comes into equity must come with clean hands.*
- 7.- La negligencia perjudica a la equidad: *Delay defeats equities.* (También enunciado como la equidad ayuda al diligente y no al indolente: *equity aids the vigilant and not the indolent.*)
- 8.- La igualdad es sinónimo de equidad: *Equality is equity.*
9. - La equidad mira la intención más que la forma, o el animo prevalece sobre la forma<sup>49</sup>, *Equity looks to the intent rather than to the form.*
10. - La equidad da por hecho, lo que debería de hacerse: *Equity looks on that as done which ought to be done.*
- 11.- La equidad presume siempre la intención de cumplir la obligación: *Equity imputes an intention to fulfil an obligation.*
12. - La equidad actúa “*in personam*”: *Equity acts in personam*<sup>50</sup>.

## IV. CONCLUSIONES

### IV.1. Analogías

En efecto, el dualismo entre un derecho formal o derecho estricto -el *Ius Civilis*- y un Derecho equitativo -el *ius honorarium*, tan característico de Roma, muestra muchas semejanzas con la contraposición entre el *Common Law* y la *Equity*, propia del derecho inglés<sup>51</sup>. En ambos sistemas jurídicos, las normas rígidas y formales fueron gradualmente mitigadas mediante un sistema de jurisprudencia de equidad. La semejanza entre dichos sistemas es clara. La equidad, en pugna con el *ius strictum*, completa sus reglas y corrige sus efectos, suavizándolos, para adecuarlas al caso concreto.

Además, de modo coincidente, la *equity* inglesa y la *aequitas praetoria* empezaron siendo una forma de justicia natural, ajustadas a las circunstancias particulares de cada caso concreto, para acabar constituyendo un sistema formal, esto es un cuerpo sistemático de reglas positivas.

*Equity: Intended to Assist the Student in Reading Snells Principles of Equity*, London, Ed. Reeves and Turner, 1881, cit. por M<sup>a</sup> J. FALCON Y TELLA, *Equidad, Derecho y Justicia*, cit., p. 100.

<sup>49</sup> El antiguo brocado *in claris non fit interpretatio*, debe de ser matizado ya que mientras en el derecho arcaico predominaba el formalismo de los *verba*, la importancia del *animus* para la validez de los actos fue asentándose en el derecho clásico: M.J. GARCÍA GARRIDO, “*Animus*”, *Diccionario de Jurisprudencia romana*, Madrid 1982, p. 36.

<sup>50</sup> Puede surgir alguna duda sobre el carácter auténtico de las doce máximas en cuestión si se tiene en cuenta que Snell originariamente enunciaba sólo once máximas ya que la máxima que faltaba inicialmente era precisamente la última: *Equity acts “in personam”*. M<sup>a</sup> J. FALCON Y TELLA, *Equidad, Derecho y Justicia*, op. cit., p. 101.

<sup>51</sup> Ver al respecto: G. PUGLIESE: “‘*Ius honorarium*’ a Roma ed ‘*equity*’ nei sistemi di *common law*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 42 (1988) pp. 105 ss.; W.W. BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, London, University Press, 1911; W. HOLDSWORTH, “The Influence of Roman Law on English Equity”, *The Lawyer and Justice*, London 1978, pp. 15 ss..

Así, por ejemplo, Radin nos indica que el desarrollo de los *writs* del Canciller ofrece un curioso paralelismo con la *formula* del procedimiento romano. En uno y otro sistema se hacía constar por escrito quiénes eran las partes, el fundamento que se daba a la acción y cuál era el punto litigioso que había de resolver<sup>52</sup>. Con el tiempo, ciertas clases de *fórmulas* adquirieron un carácter típico, dando lugar a un cuerpo de Derecho nacido en torno a ellas, estableciéndose las condiciones bajo las que el *writ* o como ya antes en Roma, en las “*formulae*”, la acción (*action*) en definitiva, sería concedida o denegada y podría, en su caso, prosperar o ser rechazada.

#### IV.2. Diferencias

Existen, no obstante, diferencias entre el régimen del Derecho pretorio romano y el de la *equity* inglesa.

En Roma el *Ius civile* y el *Ius praetorium* eran aplicados por el mismo Tribunal, mientras que en Inglaterra hubo jurisdicciones distintas para la aplicación del *Common Law* y de la *Equity*.

En Roma, el Derecho pretorio se superpuso al Derecho civil, conduciendo prácticamente a su supresión o desvirtuación, mientras que en Inglaterra el *Common Law* y la *equity* han coexistido como sistemas jurídicos paralelos y concurrentes.

---

<sup>52</sup> M. RADIN: *Handbook of Anglo-American Legal History*, St. Paul (Minessota) 1936, p. 180, cit. por M.R. MARÍN CASTÁN, *Significado y alcance de la equity inglesa*, cit., p. 105 s..