

XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

Título: **“La equidad judicial en el Código Civil y Comercial”.**

Comisión: El rol del juez en la actualidad

Autor: **Leandro Fabián Barusso**

-Abogado (UBA),

- Docente Cátedra Elementos de Derecho Procesal Civil y Comercial (UBA) a cargo de la Dra. Ángela Ledesma.

- Docente Cátedra Derecho Procesal Civil y Comercial (UNIVERSIDAD JOSÉ C. PAZ) a cargo del Dr. José María Salgado.

- Miembro del Ateneo de Estudios Procesales de la Ciudad de Buenos Aires “Lino E. Palacio”.

Fecha de nacimiento: 6/04/1964

Dirección: Av. Rivadavia 666 Piso 4º Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CP: 1002)

Teléfono: 4343-6565/64/63 - Celular: 1549488034

Correo electrónico: leandrobarusso@gmail.com

SUMARIO: I. Introducción. II. La tradición de “equidad” en el derecho continental y en el derecho angloamericano. IV. Usos y sentidos de la palabra “Equidad” III. El Código Civil y Comercial y los subsistemas de equidad. V. La tutela preventiva como ámbito por excelencia del juicio de equidad. VI. Cierre.

Síntesis de la Propuesta:

El Código Civil y Comercial otorga al órgano judicial amplios poderes de interpretación de las normas legales, y amplias facultades decisorias para la elección de las medidas más idóneas en relación al caso concreto y sus particularidades.

Se considera que el legislador ha instaurado de esta manera diversos subsistemas de equidad judicial que coexisten y se articulan con el marco superior de nuestra jurisdicción de derecho.

En este orden de ideas, se analizan las diversas modalidades de la equidad judicial en forma conceptual y analizando la normativa del Código y se concluye que el ejercicio activo de las herramientas normativas a disposición modificará sustancialmente el perfil del Juez Civil en la Argentina.

Participa de los concursos: SI.

I. Introducción.

El eje del presente trabajo se centra en el advenimiento de un nuevo paradigma sobre el rol del juez civil impulsado por las innovaciones en materias sustanciales y procesales introducidas por el Código Civil y Comercial.

Dentro de este nuevo paradigma el legislador otorga al órgano judicial amplios poderes de interpretación de las normas legales, y amplias facultades decisorias para la elección de las medidas más idóneas en relación al caso concreto y sus particularidades.

Relaciono este nuevo rol del Juez con la antigua noción de “equidad judicial” , que aunque se remonta históricamente al derecho romano, resulta innovativa en el contexto de nuestra cultura jurídica moldeada en las ideas de la codificación y la exégesis dogmática, en cuyo marco el rol del Juez se reducía al de un ejecutor acrítico de la ley positiva.

Debe quedar claro que en el presente no se postula la instauración de una jurisdicción de equidad, incompatible con la jurisdicción de derecho que establece nuestra Constitución Nacional, sino de demostrar que los nuevos lineamientos legislativos instauran ciertos subsistemas de equidad judicial que se articulan con la jurisdicción de derecho. Estos nuevos subsistemas sin embargo carecen en nuestro medio de criterios doctrinarios y jurisprudenciales que orienten al Juzgador como debe conducirse en ese contexto. Ello motiva el desafío de construir colectivamente criterios y directrices que permitan el escrutinio jurídico y social de las decisiones adoptadas.

II. La tradición de “equidad” en el derecho continental y en el derecho angloamericano.

En el derecho romano la jurisdicción de equidad tuvo un papel preponderante en el crecimiento de las instituciones jurídicas durante la República mediante la labor del pretor “peregrino”, cuya competencia abarcaba los conflictos entre extranjeros o entre romanos y extranjeros. Dado que el “ius civile” solo podía ser invocado por los miembros de la comunidad romana, los extranjeros eran juzgados en Roma por las normas de su lugar de origen, pero si no las había, quedaban sometidos a la discrecionalidad y sentido equitativo del pretor.

La libertad normativa del pretor peregrino le permitía desechar pretensiones obsoletas y chocantes del “ius civile” y nuevas “formulas” para el caso concreto en base a la equidad, que luego institucionalizaba mediante los “edictos”, que eran repertorios de “fórmulas” o acciones. Estos repertorios conformaron un cuerpo autónomo de derecho que se dio a llamar “ius gentium”, y que en la edad moderna sería adoptado como un modelo de “derecho natural”.

Sin embargo la equidad judicial iba a ser virtualmente abolida de nuestra cultura jurídica “continental” o “civil” durante los siglos XVIII y XIX cuando la irrupción de los estados nacionales, las ideas de la ilustración y la revolución francesa motivaron un cambio radical en la concepción del papel de los jueces.

La Revolución Francesa sostuvo una concepción extrema de la división de poderes, donde el la voluntad del pueblo se expresaba básicamente a través de la Asamblea Legislativa y dentro de esta concepción el Juez no debía ser más que un funcionario al cual se le asignaba la función pasiva de repetir lo que el legislador había sancionado.

Los revolucionarios concebían como un objetivo primordial la eliminación de la judicatura monárquica a la cual asignaban una proverbial discrecionalidad.

El pensamiento iluminista profesaba una confianza ciega en el racionalismo y en la posibilidad de sistematizar todo el derecho en un cuerpo legal omnicomprendivo que regulara todas las situaciones jurídicamente relevantes, y que limitara la posibilidad del arbitrio judicial. Este ideal se corporizó en el Código Civil Francés de 1804 fue por mucho tiempo el modelo del movimiento de Codificación, pues configuraba un texto producto de la razón, que abolía los derechos consuetudinarios locales, y que personificaba los ideales iluministas de sistematicidad y completitud.

Dentro de la concepción de la codificación, la función judicial se reducía a la labor de seleccionar la disposición del Código aplicable al caso - la que por definición siempre existía- y mediante un razonamiento deductivo aplicarla al caso. La interpretación del Código se asignó exclusivamente a la Asamblea Legislativa, impidiendo a los jueces interpretar la ley, pues ello hubiera motivado la creación discrecional de derecho. Para Montesquieu el

Juez no debía ser más que “la boca que pronuncia la ley” (“le bouche de la loi”). Estas ideas implicaron la abolición de cualquier atisbo de equidad judicial.

Por su parte, en la tradición jurídica anglosajona la equidad se origina en el siglo XV. Para esa época el “common law” había devenido en un conjunto rígido de procedimientos y recursos aplicados de acuerdo con reglas técnicas inflexibles y exagerado formalismo. Por esta razón, cuando un remedio no podía ser encontrado en catálogo limitado de acciones del common law, o cuando un individuo considerara injusta las decisiones de las Cortes Reales, tenía todavía la instancia de plantear la cuestión ante un funcionario, el “Canciller”, quien representaba al Rey. El Canciller decidía según su conciencia examinando equitativamente cada caso en función de sus circunstancias particulares y tenía potestad para revocar o modificar la decisión de las Cortes invocando motivos de justicia.

Con el tiempo se fueron desarrollando formalidades, reglas de procedimientos y reglas sustantivas para las presentaciones ante el Canciller y gradualmente este se convirtió en un Tribunal que formaba parte de la Corte de Justicia (el Tribunal de la Cancillería o “Chancery Court”). Las reglas aplicadas en los procedimientos de la misma se transformaron en un cuerpo de derecho separado llamado “equidad” (“equity”). Así, durante varios siglos coexistieron en Inglaterra dos sistemas de Justicia separados: los tribunales legales, que aplicaban el common law, y los tribunales de la Corte de Justicia que aplicaban la equidad¹².

En Estados Unidos los remedios de la equidad se encuentran integrados en la competencia de la jurisdicción federal ordinaria, con lo cual no existe una corte de equidad, pero si existe un cuerpo de reglas de equidad que son aplicadas por los jueces conjuntamente con el common law, en particular en el área de los “*equitable remedies*”.

¹ MERRYMAN, John Henry y PEREZ-PERDOMO, Rogelio, “La tradición jurídica romano-canónica”, Fondo de Cultura Económica 2014.

² Desde las Judicature Acts de 1873 y 1875 estas jurisdicciones se unifican, de modo que de allí en adelante se pudieron invocar las normas del common law y las de equidad en un procedimiento único y ante una jurisdicción única².

Mientras los remedios “legales” del common law (“legal remedies” o “at law”) se identifican con el resarcimiento monetario de daños (“damages”), los remedios de equidad (“equity remedies”) comprenden el “injunctive relief” y la “specific performance” y constituyen aquellas respuestas jurisdiccionales que tienden al cumplimiento específico de la obligación o a la prevención de acciones potencialmente dañosas mediante órdenes de hacer o no hacer.

En el caso de la “specific performance” el mandato judicial persigue el cumplimiento específico o en especie de un contrato. Por el otro lado, las “injunctions” pueden ser “prohibitory injunctions”, que previene de realizar un acto o “mandatory injunctions”, que ordenan realizar un acto. Las injunctions tienen carácter preventivo y prospectivo, de modo que apuntan a los actos futuros más que a los actos antijurídicos pasados.

III. Usos y sentidos de la palabra “Equidad”.

El jurista brasileño Carlos Alvaro de Oliveira, en su notable obra sobre el Formalismo en el Proceso Civil³, analiza distintos sentidos diferentes con que se utiliza en discurso jurídico la palabra “equidad”, de los cuales comentaré los más relevantes:

1. El primer sentido contempla la equidad *con función decisoria* “*extra legem*”. Esta acepción se identifica con la noción de “jurisdicción de equidad”, dentro de la cual el Juez, cuando es llamado a resolver un conflicto, no tiene una norma anterior que le indique como hacerlo y entonces la crea para el caso individual. En este sistema basta con resolver el conflicto de voluntades ateniéndose a su conciencia, es decir, al leal saber y entender del Juez dando la solución que él considera más justa. Este modelo jurisdiccional sin embargo resulta incompatible con el principio de legalidad y la jurisdicción “de derecho” que surge de nuestra Constitución Nacional, salvo en aquellos casos en los cuales la ley lo autoriza, como ocurre con el arbitraje de amigables componedores⁴. 2. Otra acepción de la palabra identifica con la equidad con la *función interpretativa-*

³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *Del Formalismo en el Proceso Civil. Propuesta de un formalismo valorativo*, Ed. Palestra, Lima, 2007

⁴ Previsto por el art. 766 del CPCCN o en la norma del art. 1652 del CCyCN cuando así se estipula expresamente.

individualizadora, recurso normal a disposición del operador jurídico para la aplicación de las normas generales al caso individual ponderando las particularidades del este, y que opera incluso sin previsión legal. **3.** Una tercera acepción, que llamaremos *flexibilizadora* es una equidad “*secundum legem*” y tiene lugar cuando la regla legal positiva autoriza expresamente al Juez a evaluar la situación jurídica mediante cláusulas generales, estándares jurídicos como el “buen hombre de negocios” o conceptos normativos, tales como el “orden público”, la “moral” o los medios “razonables”. Estos conceptos de intencional vaguedad y textura abierta constituyen una autorización expresa del legislador para que el órgano judicial aprecie la situación en concreto con los innumerables factores y matices que puede asumir y que serían imposibles de prever legislativamente. **4.** La equidad con función *correctiva* “*contra legem*”, hace referencia a aquella aplicación del juicio de equidad que tiende a evitar la aplicación de normas positivas a hipótesis en las cuales se revelan inadecuadas. Esta acepción se identifica con el sentido más tradicional de la función de equidad que era aquella históricamente ejercida por el pretor romano o la Corte de Cancillería en el derecho inglés. Considero que modernamente resulta asimilable al control de constitucionalidad o de convencionalidad cuando el Juez neutraliza la aplicación de una ley o reglamentación administrativa al caso concreto porque su aplicación implica vulnerar derechos o principios de un orden superior, garantidos en el plano constitucional o convencional⁵. **5.** A mi entender puede discriminarse otro sentido de la palabra no completamente comprendido en los anteriores, y que sería la equidad “*praeter legem*” que se aplica cuando no hay ley exactamente aplicable al caso; o sea que aplica para solucionar el conflicto no reglado legalmente.

Esta situación se puede dar con respecto a la vías procesales en aquellos casos en los cuales se encuentra en juego un interés merecedor de tutela jurisdiccional pero no se encuentra legislado un proceso adecuado

⁵ Aunque el apelativo “*contra legem*” tiende a resaltar el efecto de neutralización de una norma que goza de una legalidad formal, en realidad la decisión en ese caso no es “*contra legem*” sino que constituye el más pleno acatamiento del principio de legalidad, toda vez que este implica el respeto de la jerarquía normativa y la supremacía de los derechos fundamentales.

para el ejercicio del derecho a la acción, de modo que el órgano judicial se ve obligado a innovar “extra legem” con respecto a los medios procesales.

La tesis que aquí se sostiene es que a excepción de la equidad *con función decisoria “extra legem”* que solo puede aceptarse en aquellos supuestos que la ley autoriza expresamente, los demás sentidos o usos de la palabra que hemos examinado hacen referencia a prácticas perfectamente compatibles con una jurisdicción de derecho y que pueden aplicarse a subsistemas normativos como la función preventiva de la responsabilidad civil o las tutelas urgentes o anticipatorias, como observaremos en las distintas aplicaciones de la equidad que podemos identificar en el articulado del CCyN.

IV. El Código Civil y Comercial y los subsistemas de equidad.

El movimiento neoconstitucional ha implicado un cambio de paradigma en la forma de legislar, ya que ha dado lugar a una política legislativa en la cual los textos de los nuevos códigos se encuentran más orientados a establecer finalidades, estándares y cláusulas generales, que reglas específicas de conducta.

En este contexto se ha ampliado el contexto de la “legalidad”, antes restringida al texto legal y a la interpretación dogmática del mismo, para considerar como fuente al “derecho” interpretado en forma amplia, de modo que los jueces pueden hacer aplicación de los principios y estándares que surgen de los textos constitucionales y de las convenciones internacionales de derechos humanos. Esta “ampliación de fuentes” se comprueba en el art. 1º del CCyCN,

El legislador también ha determinado que los principios y directivas establecidos en esas convenciones deben guiar la interpretación de las leyes infraconstitucionales. Así el art. 1º al citar las fuentes de derecho prescribe que en su aplicación: “...se tendrá en cuenta la finalidad de la norma...” pero el art. 2º resulta novedoso al establecer criterios hermenéuticos para la interpretación de las normas: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Cuando la norma legal se expresa mediante cláusulas generales, conceptos normativos de textura abierta o institución de finalidades, otorga amplias facultades de interpretación al Juzgador para la individualización de la norma general en el caso concreto.

En estos casos, podemos hablar de supuestos de equidad “*secundum legem*” en los sentidos de *función interpretativa-individualizadora* y *flexibilizadora*. En el CCyCN, esta técnica legislativa se corporiza en normas de fondo y también en normas de naturaleza eminentemente procesal.

Así por ejemplo, el concepto de “razonabilidad” informa toda la estructura normativa del código. En el presente contexto nos interesan especialmente aquellas normas que establecen la “razonabilidad” como principio regulatorio del imperium judicial.

Así, por ejemplo, en materia de restricciones a la capacidad, el legislador autoriza al Juez designar el o los apoyos necesarios especificando las funciones *con los ajustes razonables* en función de las necesidades y circunstancias de la persona (art.32). También encontramos este criterio, cuando ante el incumplimiento de la obligación alimentaria se faculta al Juez a imponer “medidas *razonables*” para asegurar la eficacia de la sentencia (art. 553), o cuando a los fines de hacer cumplir el régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio lo habilita a imponer “medidas *razonables*” para asegurar su eficacia (art. 557).

En materia de medidas cautelares, provisionales o anticipatorias puede observarse que la política legislativa ha sido la de otorgar amplias facultades al órgano judicial para decidir el tipo de medida a adoptar, evitando tipificar medida alguna en particular, y facultando al Juez a evaluar cuáles serían las medidas “necesarias” en cada caso concreto.

Así, al proceso de declaración de incapacidad, se faculta a adoptar las “medidas *necesarias*” para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona (art. 34), el 135 se refiere a “las medidas *urgentes* para la protección de la persona y de los bienes del pupilo”. El art. 1721, si bien ejemplifica en sus incisos algunas medidas típicas, no obstante establece con amplitud la facultad de “tomar las medidas provisionales *necesarias* para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso”.

En un capítulo precedente consideramos otra acepción de equidad: aquella entendida como función *correctiva*.

En el ámbito del CCyN cuando el art. 2º establece que en la interpretación de las normas del Código "...se tendrá en cuenta la finalidad de la norma..." proporciona al Juzgador una herramienta hermenéutica que le permite apartarse de aquellas reglas legales cuya aplicación literal en el caso individual puede resultar contraria a los fines que inspiraron la norma correspondiente. Este criterio normativo se replica en el art. 10 relativo al uso abusivo de los derechos, al considerar tal que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El mismo criterio es aplicado en los arts. 11 relativo al abuso de la posición dominante, el 1011 relativo a la rescisión de contratos de larga duración, el 1732 que refiere a la imposibilidad de cumplimiento por parte del deudor y el 1743 en lo que refiere a la invalidez de la dispensa anticipada de la responsabilidad entre otros.

Asimismo previamente evaluamos que el control de constitucionalidad y de convencionalidad son manifestaciones de esa función judicial *correctiva*, y observamos que el precitado art. 2º del CCyN establece que las normas del Código deben interpretarse a la luz de las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, lo que autoriza al Juez a neutralizar la aplicación de una norma porque *en el caso concreto* implica vulnerar derechos o principios de un orden superior, que se encuentran garantidos en el plano constitucional o convencional.

V. La tutela preventiva como ámbito por excelencia del juicio de equidad.

Pero sin duda en el ámbito donde por antonomasia se manifiesta el juicio de equidad en sus sentidos *interpretativo-individualizador* y *flexibilizador* es en la tutela preventiva, que aparece en el CCyN como un sistema donde su piedra basal es la consagración en el art. 1710 del deber de evitar causar un daño injustificado, actuando la acción preventiva regulada en el art. 1711 como una acción genérica, mientras otros artículos prevén aplicaciones particulares de esta tutela, tales como el art. 10, el 52, el 592, el 1102, el 1032, o el 2238.

El ejercicio de la tutela preventiva implica una preponderancia de la equidad en la labor jurisdiccional por las siguientes razones:

a) La sentencia tradicional “condenatoria” es una respuesta preestablecida legalmente y estandarizada en su aplicación. Por el contrario, la tutela preventiva pone al Juez ante una situación que no tiene una solución preestablecida ni estandarizada. La legislación en este caso se limita a indicar al Juez que existe un derecho subjetivo o colectivo que debe tutelar en forma preventiva. No obstante, *no existe norma alguna que le indique que tipo de medida que deberá adoptar*. Es aquí sin duda donde el razonamiento de equidad, la función interpretativa-individualizadora a que hicimos referencia precedentemente adquiere importancia decisiva.

En la tutela preventiva al Juez no le basta con la mera declaración del derecho como en la sentencia condenatoria, sino que tiene que comenzar a transitar un razonamiento instrumental sobre la eficacia de las medidas posibles, ponderando diversas alternativas en una elección limitada por la exigencia de imponer la menor restricción posible al ejercicio de actividades lícitas por parte del demandado. Esta precaución se refuerza cuando la tutela no se otorga como la decisión final de un proceso sino que se otorga en forma anticipada o cautelar.

Es por ello que la legislación no le puede precisar la naturaleza de la medida a adoptar. Ni siquiera le puede indicar si deberá utilizar una medida que implique un no hacer (la medida “inhibitoria”) o un hacer (una medida “innovativa”). El daño puede prevenirse mediante una orden de *no hacer*, como la orden de cesación de la actividad potencialmente dañosa, pero en muchos casos puede llegarse al mismo objetivo con menor perjuicio para el demandado mediante una medida *innovativa*, como sería ordenar al demandado la implementación de medidas de seguridad que importen una inversión positiva.

b) La tutela preventiva apareja un compromiso con la efectividad de la/s medida/s judiciales que la distingue de la tutela resarcitoria y que surge del principio de tutela jurisdiccional efectiva. En efecto, si la tutela preventiva otorgada en forma anticipada o final se revela ineficaz para evitar el daño, puede motivar la modificación de la medida ordenada no solo en su aspecto instrumental, sino motivar la adopción de una medida de naturaleza diferente

como ocurriría si luego del fracaso de una medida innovativa de hacer se concluye que la única manera de prevenir el accionar antijurídico es directamente ordenar la cesación de la actividad del demandado mediante una inhibitoria.

La inobservancia e incumplimiento por parte del demandado de las medidas inhibitorias o innovativas ordenadas judicialmente también compromete al órgano judicial a la adopción de los medios de coerción que la legislación procesal o sustancial le autorice.

e) En lo que respecta en particular a la regulación de la acción preventiva de daño existe otro aspecto en el cual la normativa apela a la equidad judicial, y es el de la legitimación activa. El art. 1712 establece que “están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”. La noción de “*interés razonable*” es un concepto de textura abierta que se resiste a una definición acotada, y considero que el legislador ha utilizado intencionalmente este concepto normativo para delegar en el órgano judicial la evaluación de la legitimación en el contexto del caso concreto.

VI. Cierre.

El acotado objetivo del presente trabajo es poner de resalto la transformación del rol del Juez Civil que aparejan los subsistemas de equidad judicial instaurados por el legislador.

El ejercicio de la equidad judicial realza la figura del Juez Civil, otorgándole un perfil más creativo, más comprometido con la eficacia de sus decisiones y por ende con la tutela jurisdiccional efectiva.

Existe sin embargo una cuestión fundamental que no hemos podido abordar, y que reside en cómo prevenir que el ejercicio del juicio de equidad devenga en mera discrecionalidad o arbitrariedad, con afectación de los valores de previsibilidad y certeza que son propios de una jurisdicción de derecho. En un trabajo previo he formulado algunas propuestas al respecto, y en el presente me limito a plantear la inquietud, ya que lamentablemente su análisis excedería el ámbito y extensión de esta ponencia.