

**XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal**  
**Termas de Río Hondo, 14, 15 y 16 de septiembre de 2017**

**Ponencia**

**Título:** Del juez de la ley al juez de la equidad

**Comisión:** 3

**Tema:** El rol del juez en la actualidad

**Autor:** Jalil, Sergio Nicolás

**Dirección postal:** 10 N° 665 entre 45 y 46 de la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires (C.P. 1900)

**Teléfono:** (0221) 155590273

**Correo electrónico:** [sergio.jalil@hotmail.com](mailto:sergio.jalil@hotmail.com)

**Propuesta:** El presente trabajo propone la idea de un juez que en su tarea tenga en cuenta la idea de equidad. Así, frente a las diversas y complejas demandas que tiene la ciudadanía, se requieren magistrados que, como sujetos de cambio y transformación, no reduzcan su labor a la simple abstracción de una ley; para construir una sociedad más justa e igualitaria deben recurrir a principios superiores y generales del Derecho aplicados a cada caso en concreto. De este modo, debe entenderse que la norma – cualquiera sea su jerarquía- no es un fin en sí misma, debe plegarse a las singulares contingencias de cada hecho, negocio o relación jurídica, habida cuenta de esa mudanza cotidiana a que es llevada la vida social. En esta línea, el rol de un juez que tiene en cuenta verdaderamente la idea de equidad aquí remarcada, debe guiarse por los principios jurídicos rectores y fundantes de la vida en sociedad que iluminan al hombre de Derecho que es consciente que un caso es distinto a otro y que, por lo tanto, las soluciones jurídicas no están en general preconcebidas, sino que se elaboran en base a la experiencia, la lógica, la sana crítica y los valores de justicia y verdad.

**Postulación como participante en los premios referidos en el artículo 7 del reglamento:** sí

**Postulación como participante para el concurso de mejores ponencias presentadas por Jóvenes Abogados:** sí

**Fecha de nacimiento:** 27/06/1991

## Del juez de la ley al juez de la equidad

### I. Introducción

El juez del siglo XXI debe tener un protagonismo fundamental en nuestra organización política y social a fin de lograr que el derecho cumpla con su misión de permitirnos convivir armoniosamente en comunidad.

En tal sentido, resulta innegable que la judicatura que surgió especialmente con la Revolución Francesa, fracasó y no puede perdurar en las sociedades contemporáneas.

Así, la concepción sobre este punto durante los siglos precedentes partía de una premisa errónea: el suponer que la ley resulta autosuficiente y se basta a sí misma.

De este modo, el pensamiento político concebido a partir del siglo XVIII creía solamente y nada más que en la ley y relegaba al juez a una función mecánica y pasiva. En el pensamiento de Montesquieu, debían conformarse con ser la boca que pronuncia la palabra de la ley, seres inánimes que no podían moderar ni su fuerza ni su rigor.

En tal sentido, en el derecho codificado surgido en los países en los que impera la tradición del *civil law* a partir del siglo XIX, la norma asumió un protagonismo indiscutido en el pensamiento jurídico al imponer la idea que todo el saber del derecho se puede reducir de un modo simplista a ella; es decir, al estudio de lo que el legislador estatal del momento considere como norma.

Pero dicho modo de concebir al Derecho, puede decirse, que fracasó, y que la mayoría de los estudiosos actuales de nuestra disciplina seguramente coinciden que el saber y la realidad jurídica nada tienen que ver con un reduccionismo tan excluyente, ya que la ciencia jurídica es tan compleja como las ciencias sociales en general.

Diversas cuestiones nos han enseñado que Derecho y ley no son sinónimos. Por ejemplo, la desigualdad estructural y progresiva que existe entre nuestros ciudadanos exhibe que la norma positiva no puede ser

aplicada mecánicamente ya que sus destinatarios no comparten idénticas condiciones económicas, sociales y culturales.

Es por ello que el rol de los jueces, como sujetos de cambio y transformación, no puede reducirse simplemente a la abstracción de una ley; para construir una sociedad más justa e igualitaria deben recurrir a principios superiores y generales del Derecho<sup>1</sup> aplicados a cada caso en concreto, que pueden asociarse con la idea de equidad.

Así, en las líneas que siguen se tratará de explicar qué es lo que entendemos por un juez de la equidad y las implicancias que ello tiene.

## II. ¿Qué es la equidad?

No es tarea para nada sencilla definir qué es la equidad. Si observamos a la equidad a lo largo de la historia y las civilizaciones, veremos que no es posible formular un concepto unitario: desde la *epieíkeia* 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. Así, la polisemia del término equidad, solo es comparable a la polisemia del propio término Derecho<sup>2</sup>.

Pero para nuestro objetivo en este trabajo, nos remitiremos a la concepción romana de la equidad. *Aequitas* y *aequus* son términos expresivos de la adecuación del Derecho positivo a los hábitos, costumbres, sentimientos e instintos morales e intelectuales arraigados en la conciencia colectiva. De esta manera, la norma debe plegarse a las singulares contingencias de cada hecho, negocio o relación jurídica, habida cuenta de esa mudanza cotidiana a que es llevada la vida social<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Como explica Berizonce, los principios son pautas o criterios de interpretación, orientaciones generales, guías o fórmulas que permiten elaborar una lectura armónica al conjunto de reglas conjunto de reglas contenidas en un determinado ordenamiento, y que se sustenta en exigencias básicas de justicia y moral apoyadas en la que puede ser considerada la "conciencia jurídica popular". <sup>1</sup> Cfr. Berizonce, Roberto O., *El principio general del abuso del derecho y su incidencia en el ordenamiento procesal*, Revista Anales, Nº 1 Extraordinario, año 2015, páginas 29-39.

<sup>2</sup> Cfr. Robles Velasco, Luis Mariano, *Aequitas y sus relaciones con la equity: diferencias, similitudes e influencias*, Revista Internacional de Derecho Romano, Abril-2013, p. 291-316.

<sup>3</sup> Iglesias, Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 11a. ed., Editorial Ariel S.A., Madrid, 1997, p. 88.

En esta línea, la *aequitas* de los romanos parece hacer alusión a la finalidad de la búsqueda de un equilibrio entre intereses generales e individuales, tratando siempre de igualar a los individuos.

Es que en nuestro mundo, como en el de los romanos, hay cuestiones que la ley –en sentido amplio- deja sin contestar, sea por su defectuosa dicción, sea por su angustura formal, sea porque el espíritu de los nuevos tiempos las ha agotado y envejecido. Si ocurre ello, debe acudirse a los principios generales del derecho, en especial a la *aequitas*, restableciendo la justa proporción, el exacto equilibrio entre derecho y vida.

En base a ello, puede decirse que la equidad anhela que los jueces, más que grandes teóricos y amantes de las construcciones abstractas, sean más cercanos a la realidad de cada día, observando el problema jurídico no solamente en base a la lejanía de una norma, sino a las circunstancias de cada asunto en particular; apoyándose en lo que siempre ha buscado y debe buscar el Derecho: la justa solución del caso.

Al respecto, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el famoso precedente “Oilher”, del año 1980, enseñaba: “[s]i es cierto que el legislador es soberano en la sanción de la ley, el juez no lo es menos en la apreciación y valoración de los hechos y si no puede éste, en principio, juzgar de la equidad de la ley no sólo puede sino que debe juzgar con equidad en los casos sometidos a su decisión. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica reñida con la naturaleza misma del derecho y conduciría, a menudo, al absurdo que ya previeron los romanos: *summun jus, summa injuria*. Hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo *in concreto*; y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, lo que exige conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compadece con la misión de administrar justicia”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Fallos: 302: 1611, considerando 5º, segundo párrafo. Al respecto, cabe decir que Cicerón ya relatara en *De Officiis* (I,10,33) que: “...Ex quo illud ‘summun ius summa iniuria’ factum

De esta manera, debe distinguirse a la ley de la equidad del siguiente modo: por ley hacemos referencia a lo “jurídico-estricto”; por equidad debemos comprender a lo que corresponde de acuerdo a las circunstancias del caso, a la “solución jurídicamente específica”.

En verdad, la equidad –en general- busca cumplir con el espíritu de la ley a costa de no cumplir con su letra, trata de salvar el valor justicia frente al texto literal de la ley, cuando se transforma en injusta y en antijurídica por las circunstancias particulares de la situación<sup>5</sup>.

Este concepto de equidad era ya conocido por Aristóteles: “La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas realmente de un modo universal...Y no es por ello menos correcta, porque el yerro no radica en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, pues tal es la índole de las cosas prácticas”<sup>6</sup>.

En definitiva, juzgar con equidad significa verificar que la aplicación de la ley al caso no consagre un despropósito contrario a lo querido por el Derecho. Por el contrario, lo normado por las leyes ha de ser conjugado con las circunstancias de cada caso individual (es decir, con sus características singulares, sus particularidades propias y sus especiales rasgos), y solamente con la debida adecuación entre ambos aspectos -el normativo y el fáctico- se puede sortear el peligro de cometer una iniquidad, de caer en la arbitrariedad o, simplemente, de incurrir en una injusticia<sup>7</sup>.

Al respecto, debe reconocerse que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación significa un cambio de paradigma en relación a la función que compete a los jueces, al incorporar la Constitución en su estructura y, de ese modo, constitucionalizar al Derecho Privado, haciéndolo un sistema

---

est iam tritum sermone proverbium...”. Así, como explica Di Pietro, ya para Cicerón el proverbio citado por la Corte era conocido. Y Cicerón nos brinda el siguiente ejemplo: se había concluido una tregua con el adversario, estableciéndose que sería por treinta días. Alguien se dedicó a saquear los campos durante la noche, arguyendo una mera interpretación gramatical: la tregua hablaba “de días”, no “de noches”. Desde un cierto punto de vista “lógico”, el razonamiento luce verdadero. Se ha interpretado y aplicado un *strictum ius*, es decir el *summum ius*. Pero mirado desde la justicia, no cabe ninguna duda que se ha arribado a la *summa iniuria* (“máxima injusticia”). Cfr. Di Pietro, Alfredo, *Imperio y Derecho*, Tomo I, Editorial UCALP, La Plata, 2014, p. 476.

<sup>5</sup> Rossi, Abelardo, *La virtud de la equidad. Sus dos vicios opuestos*, E.D., 2008-229.

<sup>6</sup> Eth. Nic. V, 1137, b. Citado en Di Pietro, A., ob. citada en nota 4.

<sup>7</sup> Cfr. SCBA, causa L. 106.363, "Mourlas", sentencia del 15-VII-2015

coherente, donde los principios normativos bajan desde la Norma Fundamental hacia las distintas instituciones civiles y comerciales.

Pero asimismo resulta oportuno señalar que el nuevo Digesto no deja de ser una ley; como también lo es hasta la mismísima Constitución Nacional.

Así, en “Shiffrin”<sup>8</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo -como *obiter dictum*- que hasta el producto de una Convención Constituyente puede llegar a ser descalificado por razones sustantivas si se hallan en juego derechos fundamentales. En esta línea, y citando antiguos precedentes<sup>9</sup> y hasta la clásica obra de teoría política “Leviatán” de Thomas Hobbes, el Alto Tribunal afirmó que existen derechos fundantes y anteriores al Estado de Derecho; agregando que el legislador puede dictar una ley que revela una insoportable contradicción con la justicia, y que el ciudadano no debe obedecer.

De este modo, la cabeza del Poder Judicial de la Nación llegó a decir que: “[e]l conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica se ha resuelto otorgando prioridad al derecho positivo, el que tiene primacía aun cuando su contenido sea injusto y antifuncional, salvo que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en cuanto 'derecho injusto' deba retroceder ante la justicia. Esta es la 'fórmula Radbruch'...que, si bien tiene un claro origen iusnaturalista, puede ser ajustada al canon hermenéutico de la previsibilidad por la vía del control ético y del principio lógico interno del derecho. En este sentido puede decirse que la ley debe ser interpretada conforme al estándar del ser humano maduro dotado de razonabilidad práctica...”.

Es que, en verdad, más allá de lo que pueda establecer una norma escrita, debería ser una máxima consensuada y general que los valores fundamentales y constitutivos de las relaciones entre los seres humanos son

---

<sup>8</sup>CSJN, CSJ 159/2012 (48-S)/CS1, “Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa”, sentencia del 28/03/2017. Ver especialmente el considerando 17 del voto de la mayoría

<sup>9</sup>“Colegio de Abogados de Tucumán” (Fallos: 338:249), “Simón” –voto del juez Lorenzetti- (Fallos: 328:2056), “Itzcovich” –voto del juez Lorenzetti- (Fallos: 328: 566), “Ponce” –voto del juez Lorenzetti- (Fallos: 328:175).

la dignidad y enaltecimiento de las personas, la igualdad entre ellas, la tolerancia y el respeto.

En este sentido, resulta interesante, para comprender la idea de la equidad, mencionar una reciente obra del profesor italiano Filippo Gallo<sup>10</sup>, en la que se encarga de analizar la definición de derecho elaborada por el jurisconsulto romano Celso hijo en el siglo II d.C. (*ius est ars boni et aequi*), la cual expresa una concepción del derecho opuesta a la concepción normativa y formal propuesta por Hans Kelsen en la primera mitad del siglo XX.

En efecto, la necesidad de repensar las categorías jurídicas fundamentales del siglo XXI debe pasar a través de una ponderación profunda del papel del derecho en la sociedad posmoderna, en la cual la debilidad de los ordenamientos nacionales y el fuerte impulso económico hacia la conformación de un mercado único mundial imponen a la ciencia jurídica reconsiderarse a sí misma no ya como una ciencia nacional sino como una ciencia sin fronteras.

Así, el pensamiento jurídico debe estar sometido por una noción de equidad dirigida a individualizar los núcleos inderogables de una disciplina jurídica común aplicable a todos los hombres<sup>11</sup>.

### **III. La tarea de los jueces de la equidad**

En el contexto arriba descrito, no quedan dudas de la delicada y fundamental misión que atañe a los jueces.

Así, para cumplir con dicha tarea se necesita poseer cultura jurídica y pericia interpretativa, pero también sensibilidad jurídica, sentido de la equidad y experiencia.

En este camino, debe tenerse en consideración que la norma siempre tiene carácter instrumental, jamás es un fin en sí misma.

---

<sup>10</sup> Gallo, Filippo, *Celso y Kelsen. Para la refundación de la ciencia jurídica*. Traducido por Manuel Grasso, Eudeba, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

<sup>11</sup> Circunstancia que, por otro lado, ha sido puesta en marcha desde hace ya muchas décadas mediante la temática de los derechos humanos.

Específicamente, las reglas procesales nunca pueden ser elevadas a la condición de finalidad y objetivo, pretiriendo así su índole instrumental que -aunque valiosa y necesaria- no puede prevalecer sobre el fin último de impartir justicia. De esta manera, el exceso de ritualidad, el formalismo sin sentido y la reverencia irreflexiva hacia las reglas, significa desconocer que entre las tareas más altas que han sido confiadas a un magistrado (cualquiera sea el fuero en que se desempeñe) está la de juzgar con equidad<sup>12</sup>.

Debe aclararse que el empleo de la equidad no significa de ningún modo un poder arbitrario. En tal sentido, la tarea de los jueces no puede consistir en dar una solución caprichosa y subjetiva. Debe recurrirse a la equidad con un máximo de prudencia, evitando aplicar una “justicia mecánica”, para buscar una “mejor justicia”.

En tal sentido, la función de los jueces, íntimamente relacionada con la finalidad de resolver el conflicto con el mayor grado de justicia posible, impone un papel activo. De este modo, el juez, en la búsqueda de una solución justa, debe prestar atención a la marcha del proceso a los efectos de resguardar la libertad y, al mismo tiempo, nivelar desigualdades<sup>13</sup>.

En efecto, la idea de equidad impulsa necesariamente un mayor compromiso de los jueces para brindar soluciones adecuadas a las pretensiones que tiene la sociedad.

Como dice Berizonce, se requieren jueces “activistas”, lo que denota, no una cualidad puramente mecanicista o física, cual sería la aceleración o la diligencia, sino un sentido mucho más profundo que deriva del actuar activo pero, además enderezado a la obtención de una finalidad en la que predominan los valores fundamentales<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Cfr. SCBA, disidencia del Dr. de Lazzari en la causa C. 117.068, "G. N. G. y otros contra Almiron, Pablo Esteban y otros. Daños y perjuicios", sentencia del 7/IX/2016. Así, en un similar sentido en el Digesto romano (50, 17, 183) se decía: “aunque nada fácil es cambiar las solemnidades (procesales del *ius*), sin embargo hay que encontrar una solución cuando en forma evidente lo reclame la *aequitas*”.

<sup>13</sup> Cfr. Oteiza, Eduardo, *El juez ante la tensión entre libertad e igualdad*, capítulo del libro “Poderes y deberes del juez. Homenaje a J. Ramiro Podetti”, Rubinzal Culzoni, 2004. Allí el autor agrega que en un intento por defender el área de decisión subjetiva se termina por reconocer que es irrelevante la pérdida de los derechos en aras de una libertad que sólo protege a los mejor dotados para la defensa, sin perjuicio de la justicia del reclamo.

<sup>14</sup> Cfr. Berizonce, Roberto, *El activismo de los jueces*, La Ley, 1990-E.



El Poder Judicial debe concebirse como un sistema de protección encaminado a buscar resultados concretos y eficaces, frente a la fragilidad y vulnerabilidad que atraviesen una gran cantidad de individuos en nuestra sociedad.

Para ello, debe tenerse en cuenta que el Derecho, en general, tiene una extensión mayor que la aparente en la forma en que externamente se plasma. De esta manera, su historia nos ha enseñado la relatividad de las reglas jurídicas; estas sufren variantes, debiendo adaptarse a las circunstancias de tiempo y lugar: lo que es tenido hoy por verdad, es posible que no lo fuera ayer y que no lo sea mañana.

Retomando la *aequitas* romana, la formación del juez debe estar apoyada en el modelo casuístico de los jurisconsultos de aquella gran civilización y en los principios y valores de verdad, justicia, igualdad y libertad, más que en construcciones abstractas y dogmáticas que se desvanecen frente a los casos concretos y dinámicos que la vida en sociedad presenta constantemente.

Es que además de las desigualdades materiales que la ley difícilmente observa, las nuevas tecnologías y los cambios exponenciales a raíz de ellas hacen que el legislador muchas veces llegue tarde a nuevas y difíciles situaciones.

Como piensa Lorenzetti, el siglo XX demostró que el sistema en el que el juez era solo la voz de la ley no resiste la aceleración de los tiempos, el cambio social, tecnológico y económico. Frente al “big bang” legislativo y la aparición de asuntos cada vez más complejos y novedosos, se requiere una interpretación judicial cada vez más armónica y coherente basada en los principios generales del derecho<sup>15</sup>.

En definitiva, la labor de un juez que tiene en cuenta verdaderamente la idea de equidad aquí remarcada, debe guiarse por los principios jurídicos rectores y fundantes de la vida en sociedad que iluminan al hombre de Derecho que es consciente que un caso es distinto a otro y que, por lo tanto, las soluciones jurídicas no están en general preconcebidas, sino que se

---

<sup>15</sup> Lorenzetti, Ricardo L., *Entra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, 2015- D.

elaboran en base a la experiencia, la lógica, la sana crítica y los valores de justicia y verdad.

#### **IV. Conclusión**

El descreimiento de gran parte de la ciudadanía hacia el Poder Judicial, la percepción que muchos tienen sobre su “lejanía”, obliga a replantear el rol del juez y la mirada social que debe tener.

Ante las cada vez más complejas situaciones económicas, sociales y culturales por la que atraviesan nuestras sociedades, la judicatura tiene imperiosos y urgentes desafíos que llevar adelante.

Es que la sociedad y el Estado han evolucionado en la búsqueda de la consolidación del derecho al acceso a la justicia y al debido proceso, lo que implica, entre otras cuestiones, un Poder Judicial más involucrado y activo en mejorar y transformar la realidad cotidiana de muchos habitantes que son solo destinatarios formales de los derechos y garantías que establecen la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las leyes dictadas en su consecuencia.

Para aquella gran labor, la idea de equidad, como modo de adaptar la norma general y abstracta a las contingencias de cada caso en concreto, resulta fundamental.

Para ello, los jueces deben interpretar la realidad que subyace en cada asunto, que nunca puede serles ajena, y buscar la solución justa o más acorde a Derecho.

Es que este no es un sistema cerrado: como toda ciencia social, es cambio y movimiento y, por ello, el juez debe tener en cuenta los principios en los cuales se asienta la conciencia colectiva social (la directrices o guías fundantes que permiten la convivencia en sociedad). De ese modo, ante las nuevas situaciones o conflictos, se encuentra en mejores de condiciones de llegar a la mejor resolución posible del caso que se le presente.

En esta línea, resulta indispensable contar con jueces progresivos, evolutivos y reformadores, que sepan interpretar la realidad de su época y dotar a sus decisiones de un sentido constructivo y modernizador, guiándolas a la consagración de los valores esenciales en vigor. De este

modo, en los tiempos actuales se necesita de jueces “activistas”, comprometidos; transformadores sociales empeñados con las vivencias comunitarias, actuando en función a la idea de servicio para interpretar, adaptar y hasta perfeccionar las mismas en su aplicación para resolver los casos concretos<sup>16</sup>.

En este sendero, deben tener una cosmovisión con respecto al derecho mucho más profunda y sensible a la cotidianeidad, relegando la mirada simplista que implica creer en la omnipotencia de la norma escrita por excelencia, la ley.

En definitiva, deviene necesario que los magistrados de nuestro tiempo apliquen la equidad en cada caso: la correcta asociación entre derecho y vida, entre cambio y justicia; el arte de la invención que indefectiblemente requiere de otras virtudes que no son las abstracciones y los dogmas; el compromiso por el derecho como herramienta de progreso social; y el contar con la dignidad personal y el prestigio común como peso de autoridad para tan alta misión.

Porque, como decía Morello<sup>17</sup>, el aceleramiento en las expectativas y reclamos de la sociedad, deben ser correspondidos mediante una inédita flexibilidad por quienes juzgan, califican y resuelven una masa acaso ingobernable de conflictos, para lo cual deben dar cabida a un ingrediente incanjeable –la equidad- que es la cuota solidarista para humanizar el proceso y el sentido social, imparable, que llevan las cosas del contorno.

---

<sup>16</sup> Cfr. Berizonce, R., ob. citada en nota 14.

<sup>17</sup> Cfr. Morello, Augusto Mario, *La justicia entre dos épocas*, Librería Editora Platense, La Plata, 1983, p. 8.