

# **HACIA UNA LECTURA HERMENÉUTICA DE LA EQUIDAD**

**LIBIA PATRICIA PEREZ QUIMBAYA**



**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA**

**FACULTAD DE EDUCACIÓN**

**BOGOTÁ 2017**

# PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

## TÍTULO

### HACIA UNA LECTURA HERMENÉUTICA DE LA EQUIDAD

## SUBTÍTULO

La equidad, la realidad social y el derecho colombiano

## FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1. **¿Podemos reinterpretar desde la hermenéutica, en la perspectiva de un derecho moderno colombiano, la equidad?** Lo que tenemos es un amplio consenso, en un momento político crucial, que refleja una fuerte dimensión social, para conseguir, en todos los ámbitos que rodean a la persona, mejores resultados y que estos se repartan de manera equitativa entre todos

## 2. OBJETIVOS

### OBJETIVO GENERAL

Evaluar cómo los principios de la equidad pueden enriquecer o aportar un concepto más humano al Derecho actual y responder así, de manera más auténtica, a las necesidades del país a partir de una reflexión histórico-hermenéutica del mismo.

### OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Describir, de manera sucinta, la realidad histórica de las antiguas civilizaciones, que precedieron y enriquecieron la construcción del 'Derecho', para Occidente.
2. Describir, de manera sucinta, la realidad histórica del mundo romano y su etimología, que condujo, irremediablemente, a la construcción de la admirable obra del 'Derecho' para la humanidad.
3. Caracterizar el concepto de equidad que informo el derecho tanto de las antiguas civilizaciones, como del mundo romano, en la búsqueda de nuevos significados para así cotejar y, porque no, reavivar el concepto actual de derecho.
4. Establecer los fundamentos ius-filosóficos de la equidad.
5. Analizar la aplicación de la equidad en el derecho colombiano.

6. Determinar la incidencia de la constitucionalización de la equidad en derecho colombiano.

## JUSTIFICACIÓN

Octavio Paz en su libro *El Laberinto de la Soledad* dice:

*El carácter de la conquista es igualmente complejo desde la perspectiva que nos ofrecen los testimonios legados por los españoles. Todo es contradictorio en ella. Como la Reconquista, es una empresa privada y una hazaña nacional. Cortés y Cid guerrean, por su cuenta, bajo su responsabilidad y contra la voluntad de sus señores, pero en nombre y provecho del Rey. Son vasallos, rebeldes y cruzados. En su conciencia y en la de sus ejércitos, combaten nociones opuestas: los intereses de la Monarquía y los individuales, los de la fe y los del lucro. Y cada conquistador, cada misionero y cada burócrata es un campo de batalla. Si aisladamente considerados, cada uno representa a los grandes poderes que se disputan la dirección de la sociedad- el feudalismo, la Iglesia y la Monarquía absoluta, en su interior pelean otras tendencias. Las mismas que distinguen a España del resto de Europa y que la hacen, en el sentido literal de la palabra, una nación excéntrica. (PAZ, 1985, pág. 88)*

¿Por qué iniciar con esta cita? ¿Expresa ella todas nuestras desavenencias, inconsistencias, este ir y venir entre el ser y el no ser? Vigente tan vigente, como nuestra necesidad de reconquistarnos, reinterpretarnos, organizar el descalabro por donde caminamos... ¿Venceremos en este campo de batalla? ¿Cuáles son los nuevos poderes que se disputan la dirección de la sociedad? ¿Hemos pasado a ser una nación excéntrica?

## **CONTENIDO:**

### **INTRODUCCIÓN**

- 1. De lo que antecedió a la *epieikeia* griega**
- 2. De la *epieikeia* griega a la *aequitas* romana**
- 3. De la *aequitas* a la *ratio***
- 4. El Derecho Común y los Tribunales de equidad**
- 5. De la *ratio* al imperio de la Ley**
- 6. Lo que hemos heredado**
- 7. La legislación colombiana**
- 8. La posibilidad jurídica de tomar decisiones *ex aequo et bono***
- 9. Una nueva mirada**
- 10. El derecho y sus ‘relaciones’**
- 11. Consideraciones finales**
- 12. Bibliografía**

## HACIA UNA LECTURA HERMENÉUTICA DE LA EQUIDAD

### INTRODUCCIÓN

*La vida es mucho más fecunda que la imaginación más fértil*

(Entrena Klett, 1990)

Nos encontramos muchas veces con la situación que extra limitan ese *It is the law that...*, de los ingleses. Y es así como desde una esfera de lo político, concebida como la instancia donde las diferencias en el ámbito religioso, cultural, filosófico, mítico, de valores morales y estéticos, económicos, desde donde se intenta construir una cierta homogeneidad articulada, surgen algunas preguntas: ¿Cómo conciliar esa heterogeneidad con las exigencias de la homogeneidad? O, también: ¿Cómo abordar los procesos de cambio en la sociedad y la política? Y, sobre todo ¿Cómo abordar hechos y elementos que han quedado, en nuestro transcurrir histórico, irresolutos, y que hemos olvidado abordar o tal vez, no hemos querido enfrentar?

Ante la crisis del sistema capitalista y cuando los conceptos de democracia y derecho muestran una gran debilidad para responder el agravarse de las desigualdades sociales, donde la discriminación sexual, étnico-raciales se hacen cada vez más indiscutibles, donde los representados no reconocen más a quienes los representan, donde los mecanismos para exigir responsabilidad pública a sus gobernantes se tornan cada vez menos relevantes y ante una cultura, a todo nivel, en decadencia (Santos, 1991), todo

parecería indicar que para resolver esta encrucijada se hace indispensable realizar cambios fundamentales en la estructura normativa.

A partir de la Constitución de 1991, la rama judicial en el país experimentó importantes modificaciones. La creación de la Corte Constitucional y la Defensoría del Pueblo, el reconocimiento de jurisdicciones alternativas como la indígena, sumados a la incorporación de una extensa lista de derechos humanos acompañados de mecanismos de protección como la acción de tutela, las acciones populares y de grupo y la acción de cumplimiento, reconocidos como Derechos Fundamentales y señalados expresamente en la Constitución en el Título II, Capítulo Primero, el reconocimiento de derechos no fundamentales pero que adquieren esa categoría por conexidad, la declaración de tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado, todo esto, sin lugar a dudas, lo podemos calificar como una renovación del derecho en nuestro país.

Sin embargo, este avance que se presentó en términos de acercamiento entre las necesidades del país y el sistema judicial, ha presentado serios traspiés que han impedido su implementación, entre ellos podemos nombrar el hecho de la globalización que impone la razón económica sobre toda otra consideración (Rodríguez, 2010); otro aspecto relevante es el de la corrupción que carcome cualquier sistema por perfecto que parezca en el papel, sin olvidarnos de la interminable congestión de los procesos, dadas los pocos recursos con que cuenta la Rama Judicial para atender de manera adecuada los requerimientos de un sistema que se creó sin el debido estudio de costos, a todo nivel; la burocracia judicial ya institucionalizada y el letargo característico de los funcionarios públicos, entre otros.

La expectativa es siempre la misma y lo que se acostumbra decir es: “...*la consolidación de la gobernabilidad democrática y el funcionamiento de las fuerzas de mercado requiere de un sistema judicial independiente, confiable, fuerte, eficiente, equitativo y moderno*” (Kelsen, 1997); en pocas palabras esto sólo es posible conseguirlo trámite una reforma a la ‘justicia’ y es así como se vienen presentando a partir de la ‘gran reforma’ como lo fue la Constitución del 91, nuevas reformas, contra reformas... y en preparación nuevas reforma y en el fondo ¿qué es lo que realmente hace que sean inaplicables todas estas bondadosas reformas?

La reflexión que desde hace ya algo más de 25 siglos el hombre se ha hecho corresponde a la *noción de justicia* y que, para los griegos, tenían una connotación de igualdad, equilibrio, armonía y proporcionalidad de clase. No entraremos a tratar el concepto de justicia que tantos autores han tratado, y que durante siglos ha preocupado la mente de filósofos y estudiosos del derecho; nuestro estudio tomará otro concepto que tal vez ha sido menos manoseado, pero que parece contener en sí elementos importantes que puedan ayudar en el crecimiento y fortalecimiento de nuestra sociedad: la equidad.

Mucho se escribe y se expone acerca de la norma. Qué es; de qué manera nos podemos aproximar a ella; cómo se clasifica; cuáles son sus mayores bondades y qué se espera de la misma; cuál es sus función; cuáles sus efectos y cómo se concibe teniendo en cuenta el tiempo y el espacio donde cada uno de los autores desarrolla su tesis. Es claro que la realidad y las circunstancias que acompañan la exposición de estos autores, difícilmente se acomodan a la realidad colombiana. Con muy contadas excepciones, la mayoría de ellos son estudiosos europeos o son norteamericanos.

El Derecho nos lo han presentado siempre, como esa actividad positiva, racional y racionalizadora de la convivencia y cuyo valor y fin es la justicia o, dicho de otra manera, la justicia es, y tal como expresa Norberto Bobbio, *“aquel conjunto de valores, bienes o intereses para cuya protección o incremento los hombres recurren a esa técnica de convivencia a la que llamamos Derecho”* (Bobbio, 2010). El derecho, en sentido más amplio, trata todos los aspectos de la vida en sociedad y su consideración es tal que desde siempre se ha tenido como imperativo su observancia y por no justo todo aquello que lo contraríe: *“iniuria est omne quod non iure fit”* (Ulpiano, 1991, pág. 47).

Y es así cómo desde siempre la norma se ha constituido en el primer elemento de definición del concepto de derecho; es una regla o una manera para ordenar el comportamiento humano colectivo, que enuncia reglas de conducta o formas de comportamiento y que generalmente impone deberes y confiere derechos. Es desde aquí que Alexis hace su propuesta sobre una *‘norma básica’* en la *“perspectiva de justificar un concepto de Derecho que integre una validez no sólo jurídica, sino social y moral igualmente, y justificar el concepto de derecho que pudiera superar las debilidades de aquellos sobre la norma básica”* (Mejía Quintana, 1999, pág. 3). Kant, en sentido estricto, se encamina hacia un ámbito de lo moral, es decir, hacia donde la norma adquiere

autoridad, sí y sólo sí, está precedida por una ley moral y cuya obligatoriedad es conocida a priori por la razón. La base de la obligación, del deber ser, no puede fundarse en nada empírico, pues: aunque deba referirse al hombre, como ser racional, no puede fundarse ni en la naturaleza humana ni en las circunstancias humanas, sino que ha de basarse en un ideal que jalona a los seres humanos hacia una zona de desarrollo próximo e ideal. En este sentido lo ideal está por encima de lo real, esto es lo que más tarde Heidegger y Gadamer expresan de la siguiente manera: la posibilidad siempre está por encima de la realidad.

Con Kelsen la pregunta recae sobre el fundamento de la validez de la norma: “¿Qué funda la unidad de una multiplicidad de normas?” (Kelsen, 1997, pág. 201). Y él mismo responde: “...para que una norma que se refiere a la conducta de un hombre ‘valga’ significa que obliga, y que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma” (Kelsen, 1997, pág. 201). Sin embargo, para Hans Kelsen la norma no tiene contenido material, es decir, el fundamento no lo encontramos en un hecho empírico, sino, y como el mismo lo afirma: “el fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma” (Kelsen, 1997, pág. 201).

El espectro lo amplía mucho más Hart cuando nos argumenta que las reglas en el derecho alcanza un status no por “un ejercicio ‘tácito’ de potestad legislativa, sino por la aceptación de una ‘regla de reconocimiento’ que les acuerda ese lugar independiente, aunque subordinado”, esa regla no necesariamente es expresa, su reconocimiento se realiza por una identificación que de la misma hacen los tribunales, o sus funcionarios o, en fin, el común de los ciudadanos. Para Hart la expresión natural es: “It is the law that ...” (“El derecho dispone que...”); es de éste reconocimiento de la regla de donde surge la noción de “validez” jurídica. “Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema” (Hart, 1965, págs. 126-129). Para Hart los sistemas normativos deben responder a un ‘derecho mínimo natural’, es decir, atender a la necesidad de una relación entre normas morales y normas jurídicas para ser reconocidos como integralmente válidos.

Sin embargo, Luhmann va un poco más lejos al considerar que la validez no es una norma, ni una norma fundamental, ni una metanorma, sino una forma. “Por eso, el



*problema no se puede controlar normativamente: hay que gödelizarlo haciendo intervenir a la política”* (Luhmann, 1979, pág. 160). Luhmann define la sociedad como un sistema y es así como el derecho deviene un procedimiento funcional sistémico: “...*La validez es sólo la forma en la que las operaciones hacen referencia a su participación en el sistema”* (Luhmann, 1979, pág. 159). La estabilidad del sistema judicial se da, por tanto, en la limitación que imponen los rangos de derecho válido, creados por el legislativo (Mejía Quintana, 1999, pág. 14).

Pero, y prácticamente para la misma época, Ronald Dworkin vuelve nuevamente a la trascendencia de la norma, mide la norma jurídica por su relevancia, es decir, porque es más o menos importante en la regulación del comportamiento. “*Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden la norma misma”* (Dworkin, 1989, pág. 78).

Para Toubner, quien a su vez cita a Habermas, la culminación de este proceso de evolución en la esfera legal se denomina “*rematerialización del derecho formal”* (Toubner, pág. 124).

El derecho desarrolla una racionalidad material caracterizada por el particularismo, la orientación hacia los resultados, un enfoque de política social instrumentalista y una legalización en aumento en lo que anteriormente eran procesos sociales autónomos (Toubner, pág. 124).

La característica del Estado social de derecho tradicional es la del intervencionismo, lo que ha dado como resultado el que se haya puesto un mayor énfasis en el derecho racional material, y en el derecho usado como un instrumento para intervenir en la sociedad de una manera finalista, es decir, encaminado a la consecución de fines concretos.

Esto nos introduce en un nuevo paradigma jurídico ante contextos sociales cambiantes lo cual ha generado, claramente, un nuevo paradigma de Estado que debe recurrir a una discusión entre igualdad jurídica e igualdad fáctica, entre autonomía privada y autonomía pública, en el cambio de tareas estatales y la ampliación en el ámbito de actuación de la Administración, lo que en palabras de Habermas se refiere a un “*ascenso de la racionalidad material en el derecho”* refiriéndose, desde luego, a lo ocurrido en el ámbito del derecho privado y el giro social de los derechos fundamentales (Habermas,

1998, págs. 472-473). Para este autor, lo ideal sería un derecho como institución pues, este derecho “*facilita más que poner en peligro, los procesos autorregulatorios de comunicación y aprendizaje... el ‘derecho reflexivo’, con su orientación procedimental, parece bastante adecuado para solucionar los problemas de legitimación de la sociedad postmoderna*” (Habermas, 1998, pág. 128).

De igual manera, John Rawls nos encuadra en un concepto mucho más amplio como es el de *reglas*, es decir, expresión sintética de un determinado principio jurídico, que ha sido formulado con miras a su utilización concreta. La sociedad, en palabras de Rawls, se entiende como una asociación más o menos autosuficiente de personas que en sus relaciones reconocen ciertas *reglas* de conducta como obligatorias y que en su mayoría actúan de acuerdo con ellas. Estas reglas especifican un sistema de cooperación planeado para promover el bien de aquellos que toman parte de él. Se trata de una empresa cooperativa para obtener ventajas mutuas, caracterizada por el conflicto y la identidad de intereses (Rawls, 1971, pág. 18)

En el marco de la estructura básica de la sociedad concebida por Rawls, las reglas que los asociados comparten están dictadas por instituciones como la constitución política o las principales disposiciones económicas y sociales. Tales instituciones definen cargos y posiciones, cargas y beneficios, poderes e inmunidades, para todos aquellos que se rigen por ellas. Una teoría de justicia social como la de Rawls se ocupa, pues, de la adecuada distribución de derechos y deberes por parte de las instituciones que conforman la estructura básica de la sociedad” (Caballero, 2006, pág. 5)

Con Rawls volvemos, nuevamente, a una ‘teoría de la justicia’, a una distribución de derechos y deberes y en su decir ‘adecuada’ de ellos. Volvemos entonces al planteamiento hasta aquí desarrollado. En una sociedad avanzada quizás hablar de esta manera no es tan complicado como para una sociedad como la nuestra donde el trasplante de las normas y de las teorías del derecho nos deja complacidos y seguros de que, de alguna manera, podremos llevar a delante dicha propuesta. Para Rawls, en fin, la observancia del derecho es lo justo, por lo tanto, la justicia humana se imparte con respecto de ese *deber ser* que constituye lo jurídico. Rawls considera que los principios de justicia que son objeto de un acuerdo entre personas racionales, libres e iguales en una

situación contractual justa, pueden contar con una validez universal e incondicional (Caballero, 2006, pág. 18).

Pero volvamos finalmente a Luhmann con el tema de la ‘reducción de complejidades’ quien en resumen nos habla de una sociedad jerarquizada donde los niveles superiores, del sistema en general, corrigen las fallas de los niveles inferiores con lo cual se mantiene una estabilidad (Mejía Quintana, 1999, pág. 14).

Hasta aquí todo parece indicar que la solución está en la norma. Partimos con Alexis de un concepto de “*Norma Básica*”; continuamos con Kant con su definición sobre la “*norma fundamental normativa*”; seguimos con Kelsen y su “*norma fundamental analítica*”; posteriormente Hart nos expone sobre un tipo de “*norma fundamental empírica*” y sobre “*La regla de reconocimiento*”; Hablamos de Dworkin y sus “*principios legales*”; Teubner, y su “*rematerialización*” del derecho; Rawls, que nos habla de instituciones como lo es la constitución política, es decir, ese *deber ser* que constituye lo jurídico; Habermas, con su derecho como institución y finalmente Luhmann con su “*reducción de complejidad*” a través de la norma.

Es difícil que después de tan magistrales manifestaciones, como las que sucintamente se expusieron, tengamos algo más que decir. Pero ante lo apremiante y en las circunstancias que rodean nuestra particular situación, nos encontramos ante la necesidad de aportar un grano de arena a esta montaña de incertidumbres sociales, políticas y económicas y parafraseando a Dworkin *apelar a consideraciones que trasciendan la norma misma*.

En el mundo existen distintas formas de impartir justicia, fruto del particular desarrollo histórico y cultural de cada nación, algunas de ellas han recibido reconocimiento por parte de los diferentes sistemas jurídicos, que les han atribuido validez y consecuencias a sus manifestaciones. En Colombia, por regla general, quien imparte justicia está sometido en sus providencias solamente al “*imperio de la ley*”. Se ha alcanzado una forma de Estado en la que el poder público se somete al ordenamiento jurídico. Según esto, específicamente, todas las decisiones jurídicas deberían estar sometidas a lo preceptuado en las normas y, asimismo, la labor de quienes las emanan, reducida a la sola constatación del supuesto fáctico definido en ella.

La filosofía de los nuevos tiempos y lo que la guía, fundamentalmente, es la insistencia en la capacidad de comprensión como esencia y almendrán constituyente de lo humano, según Gianni Vattimo. Esta comprensión compagina bien con el ethos o los principios regulativos de las sociedades democráticas como lo son: la equidad, la alteridad, el diálogo, el compromiso, el principio de la diversidad y pluralidad, el acento en la naturaleza histórica y lingüística de nuestra experiencia de mundo (Gadamer y Ricoeur), sólo por nombrar algunos. Muchos son los autores que han desarrollado concepciones hermenéuticas y sus propuestas, múltiples y pluralistas, están orientadas por una determinada representación del mundo y de su propia manera de comprender y acceder a la realidad. Gadamer considera que el conocimiento es fundamental para la existencia humana, la persona sólo desde su propio horizonte de interpretación, que se construye constantemente, puede comprenderse y comprender su contexto. Cada nuevo conocimiento es para el ser humano una oportunidad de una constante interpretación y reinterpretación en el intento de un conocimiento de sí mismo.

Hemos decidido detenernos en un principio específico como es el de la equidad que, por siglos, ha sido brújula en la comprensión del sentido profundo de los fundamentos del derecho y que nos dirigen hacia una nueva posibilidad del mismo derecho; persiguiendo, además, la continuidad de un *oficio* en el que se han empeñado generaciones, buscando su perfeccionamiento a través de una *comprensión constructiva, hermenéutica y dialógica* que nos ayuden no sólo a traducir una “...*realidad captada* hacia una *realidad comprendida, sino también, a explorar otras posibilidades ya que para los hermeneutas Heidegger y Gadamer por encima del principio de la realidad y del acontecer concreto están las nuevas posibilidades*” (Mejía Quintana, 1999, pág. 14). “Höher als die Gegenwart steht die Möglichkeit” (Heidegger, 1993, pág. 38). El ser humano es un ser de posibilidades, un ser en abierto en el sentido de Konrad Lorenz o Karl Popper, siempre en eterno movimiento y cambio. La posibilidad de poder ser siempre, cada día, distinto, diferente, mejor, de llevar a cabo nuevos proyectos y construir nuevas subjetividades y realidades, es algo que le es muy peculiar al ser humano. El llamado “giro hermenéutico” es uno de los acontecimientos más significativos en la escena de la filosofía contemporánea y cuyas consecuencias van más allá de una disciplina académica, la filosofía. Este giro no sólo toca, sino también impacta

profundamente los campos de las ciencias humanas. El derecho no puede ser ajeno a este giro.

### **1. De lo que antecedió a la *epieikeia* griega**

Los primeros documentos en la Historia del Derecho escrito se sitúan hacia la mitad del III milenio, antes de Cristo, en Uruk sobre el río Éufrates. Hay innumerables documentos jurídicos y económicos, colecciones en forma de Códigos que dan testimonio de su importante uso cotidiano y que forman la base del derecho mesopotámico que, por otro lado, se creían de origen divino. De igual manera se conoce una naciente aristocracia que surge alrededor del templo y que crea incontables cargos burocráticos, al igual, que un Consejo de Ancianos con funciones jurídicas. Algunos de estos antecedentes se encuentran en la I Dinastía de *Lagash* (2402-2375 a.C.), donde aparece la primera titulación real, que entrega inmensas riquezas a la clase aristocracia, apropiándose de tierras que hasta entonces habían sido consideradas como comunitarias, creando grandes diferencias sociales. Después de un golpe, al abusivo poder del ‘palacio’ que se había instaurado por generaciones, *Uruk Agina* (2352-2342 a.C.) inicia una época de reformas con el fin de mejorar la situación socio-económica del país y ganar el apoyo de las clases desfavorecidas que le permitieron consolidar su prestigio; de la misma manera para evitar problemas con otras ciudades vecinas firmó una serie de tratados de fraternidad que están considerados como los más antiguos documentos diplomáticos de la Humanidad (<http://www.historiaantigua.es/sumer/dinasarca/dinasarca.html>, 2009). El Código Jurídico que es considerado como el de mayor antigüedad es el de *Shulgi* hijo de *Ur-Nammu* primer rey de la III Dinastía *Ur* (2129 al 2107 a.C.), este Código fijó la estructura de todos los futuros Códigos Mesopotámicos. El ‘Cuerpo Jurídico’: concreto y sintético, redactado con fórmulas condicionales que describen al delito y luego fijan la pena. De este modo el pueblo podía conocer la ley. Protege a la viuda y el huérfano; fija multas por la muerte o daños causados a terceros; combate la corrupción de la administración burocrática que era el mayor problema social de su época; no hay ni castigos corporales, ni mutilaciones, se paga una multa; no hay prisión por deudas, se paga con trabajo con el régimen de servidumbre; no aplica la Ley del Talión (Fuentes del Derecho Sumerio, 2009).

Un poco más adelante, en Mesopotamia, se establece el primer imperio babilónico (1890-1595 a.C.), cuyo soberano más importante fue *Hammurabi*, de la estirpe de los amorreos y quien con la expedición del así denominado Código de Hammurabi intentó unificar todas las leyes existentes en Mesopotamia. En términos prácticos, este código no aporta nada nuevo, a parte de la ‘Ley del Talión’, que se entiende como una ley con carácter regresivo, y establece una igualdad jurídica, pero sólo entre clases, que le quita el carácter de general a las leyes que provenían de *Shulgi* o, también conocidas como leyes del ‘palacio’. Este código marca el sistema legislativo actual, o mejor le impone los fundamentos a un derecho moderno; las leyes se tallaban en piedra y de esta manera se fue adquiriendo la conciencia de que las leyes, por no poderlas borrar, eran inmutables y de esta manera adquirirían un carácter divino. Estas leyes están dominadas por un bajorrelieve que representa al dios *Shamash* quien personifica la justicia y la equidad, a su izquierda se encuentra el rey *Hammurabi* que incorpora a la escena un orden jerárquico, el dios le hace entrega al rey un cetro que significa la realeza y por lo tanto el poder de mando, expresado en las leyes que en la parte inferior fueron talladas (<http://www.ihistoriarte.com/2012/06/codigos-mesopotamicos-el-inicio-de-las/>, 2009).

El rey en su papel de legislador, sólo acomodaba y actualizaba estas leyes que conservaban un carácter teocrático, a situaciones concretas, con el fin de conseguir un equilibrio social

El principio de que todos deben honrar las obligaciones impuestas por el palacio y asumidas con los acreedores privados, o sufrir en caso contrario las consecuencias, quedaba intacto: pero -bajo la garantía de la autoridad real y, al parecer, de un rito en honor a *Shamash*- se derogaba transitoriamente, a fin de que en adelante no significara para nadie un peso insostenible la aplicación de la ley (Wagner, 2009).

Hammurabi al momento de promulgar su código pronuncia las siguientes palabras:

(...) entonces *Anum* y *Enlil* me designaron a mí, Hammurabi, príncipe piadoso, temeroso de mi dios, para que proclamase en el País el orden justo, para destruir al malvado y al perverso, para evitar que el fuerte oprima al débil, para que, como hace *Shamash* Señor del Sol, me alce sobre los hombres, ilumine el País y asegure el bienestar de las gentes (Gómez-Pantoja, 2009).

Y se escribió como palabras introductorias al código:

Cuando *Marduk* me encargó llevar el orden justo a las gentes y mostrar al País el buen camino, puse en la lengua del País la ley y la justicia y así fomenté el bienestar de las gentes. Por eso he dispuesto: (...) (Gómez-Pantoja, 2009).

Hammurabi pretendía establecer leyes aplicables en todos los casos e impedir, de esta manera, que cada uno *tomara la justicia por su mano*, pues sin ley escrita que los jueces hubieran de aplicar obligatoriamente, era fácil que cada uno actuase como más le conviniera. Este código no diferencia entre un ‘derecho civil’ y un ‘derecho penal’, es decir, se dan leyes que regulan los asuntos de la vida cotidiana y leyes que castigan los delitos. Se regulan el comercio, el trabajo asalariado los préstamos, los alquileres, las herencias, los divorcios, la propiedad, las penas por delitos de robo, asesinato, etc., (Gómez-Pantoja, 2009).

Derrocado el Imperio Babilónico surge en Mesopotamia un nuevo Imperio: el asirio. Considerado el imperio más guerrero y sanguinario de la historia antigua, recogió las normas mesopotámicas que ya existían e intentó, sin embargo, y contrario a lo que podría pensarse, reducir la severidad de las penas y castigos que había impuesto Hammurabi, como eran los trabajos forzados, el empalamiento, las mutilaciones e impuso como retribución a los delitos la compensación económica. De igual manera, se expidieron una serie de normas que hacían referencia a los derechos de la mujer, a la propiedad raíz y al castigo para quien practicara la brujería con la muerte (Wagner, 2009).

A la decadencia del Imperio Asirio y bajo Nabucodonosor, rey de Babilonia (605-562 a.C.), el imperio renueva su antiguo esplendor y con el fin de reconstruir el gran imperio y darle mayor preponderancia, instituyó la esclavitud de los pueblos vencidos en batalla, entre estos el pueblo hebreo de Judá.

El rey Ciro de Persia (559-530 a.C.), conquista Mesopotamia y crea uno de los mayores imperios conocidos hasta el momento, liberando los pueblos que habían sido tomados en esclavitud por Nabucodonosor y estableció, no un sometimiento de los pueblos conquistados, sino y más bien una especie de protectorado, bajo la figura del pago de impuestos. No interfirió por lo tanto ni en la administración de los pueblos, ni en sus manifestaciones religiosas.

Por lo tanto, bajo el Imperio Persa encontramos al rey Solón en Grecia (638-558 a.C.) y a quien le correspondió gobernar en una época de graves conflictos sociales, por la concentración de riquezas en manos de unos pocos, como eran los *eupátridas*, nobles terratenientes. Solón expide su primera Constitución en el año 594 a.C., llena de reformas y que tenían como fin aliviar la situación de pobreza y desarraigo en que vivía el pueblo,

intento modificar un régimen señorial que ataba el campesinado a las tierras de los *eupátridas*, pero sobre todo realizó reformas que atacaron la sucesión o el linaje político (Biografías y vidas, 2012).

Sin embargo es a Clístenes (508-507 a.C.) a quien se le atribuyen auténticas reformas ‘democráticas’. A pesar de defender la Constitución de Solón, fue él quien creó unas genuinas bases para la constitución de un Estado fundamentado en la isonomía o igualdad de los ciudadanos ante la ley, e igualdad de derechos civiles y políticos. Puso término a los derechos políticos adquiridos por sucesión familiar o por riquezas. Clístenes es considerado la puerta que deja atrás la legislación de la época arcaica y que se abre paso hacia el esplendor de la legislación clásica en Grecia. De igual manera estableció el ostracismo, como medio que impidiera a los antiguos tiranos volver al poder (<http://www.biografiasyvidas.com/biografia/c/clistenes.htm>, 2012).

Nos es de necesario reconocimiento, la ubicación en el tiempo y en el espacio de Platón y Aristóteles, quienes desarrollaron en el ámbito de la filosofía uno de los conceptos que enriqueció el mundo de la filosofía pero que permeó de igual manera el ámbito del derecho en la búsqueda de justicia, de una estabilidad social, pero sobre todo de una *epieikeia*. Este concepto marcaría una de las más grandes obras de las que la humanidad tenga conocimiento: La ética a Nicómaco.

## **2. De la *epieikeia* griega a la *aequitas* romana**

Para hablar de la equidad en el derecho contemporáneo tenemos que remontarnos a sus orígenes, historia cargada de íres y venires, historia que en occidente proviene de una experiencia de un pueblo muy concreto como lo fueron los griegos, donde y al igual que en cada una de las civilizaciones orientales, la forma de organización gira entorno a un caudillo o cabeza política, en la Grecia antigua tomó el nombre de Wanax (anax), jefe de las castas guerreras y de sus familias que junto a ellos forman una especie de nobleza y con quienes compartían el gobierno de sus pueblos. Naturalmente esta organización política no estaría completa si no estuviese coadyuvada por un brazo muy importante y vital de gobierno como fue el sacerdotal. En Egipto éste se confunde con el mismo Faraón, en los pueblos mesopotámicos con la figura del Rey, hasta la segunda Babilonia cuando



el poder político se separa del religioso; en Grecia estos sacerdotes se denominaron Basileus, lo que nos permite inferir que, desde el inicio, el poder político y religioso estaba claramente definido. Cabe anotar que estos gobernantes formaban desde entonces un conjunto de castas privilegiadas y hereditarias (AA:VV, 1998, págs. 50-60).

Todos estos pueblos que conformaron el antiguo oriente tuvieron una organización sobresaliente, no sólo a nivel social, como político, religioso y por supuesto legislativo. Conocemos la magnánima y fecunda obra legislativa en Mesopotamia que, desde luego, sirvió como soporte a la creación legislativa de occidente. Sin embargo, no hay que olvidar que el telón de fondo de estas legislaciones fueron las grandes divisiones y luchas creadas por las fuertes diferencias sociales que se daban en estos pueblos. Las normas se concebían como un medio que tenía la divinidad para gobernar el mundo y fue esto lo que dificultó extremadamente la posibilidad de que las leyes propiciaran una igualdad entre las personas que integraban estos pueblos; en primer lugar, en una sociedad de castas las altas esferas que estaban constituidas por los representantes de la divinidad, quienes se establecieron rápidamente en una aristocracia y, en segundo lugar, por quienes debían estar sometidos a la misma. Ya dijimos que en Grecia, rápidamente se consolidó un poder político separado del poder religioso, lo que a su vez les permitió crear un primigenio 'poder democrático'. Para el siglo V a.C., Solón, quien con el afán de consolidar la formación de una auténtica democracia, expide una Constitución con la que busca reformar los mecanismos de una organización social opacada por los graves conflictos sociales del momento, una sociedad que con el paso del tiempo se había vuelto cada vez más compleja y que comienza a sentir el fuerte reclamo de unas clases menos favorecidas frente a unas castas que detentaban todo el poder tanto político como económico, personas que reclamaban tener mayor injerencia en la sociedad, en pocas palabras, lo que solicitaban, cada vez con mayor ahínco, era una *igualdad de oportunidades* (AA:VV, 1998, págs. 50-60).

Esta Constitución buscó sobre todo favorecer el crecimiento de unas políticas comunitarias, surgen por lo tanto las así denominadas Asambleas de los hombres libres, que a la cabeza tienen a los Arcontes, que en últimas buscaron favorecer a los más débiles y alejar, de esta manera, las amenazas de luchas internas que debilitaban y desestabilizaban esta insipiente organización, es así como en Grecia se comienza a hablar de un bienestar común mediante una equidad jurídica (De Romilly, 1977, págs. 35-46).

Comienza un arduo camino en la promoción de las clases labriegas, en la educación igualitaria, pero sobre todo en el conocimiento de la ley, que hasta entonces era privilegio exclusivo de los aristócratas (Mossé, 1981, pág. 246).

Platón (427a.C.) en su obra *Político*, en su intento de entender cómo fue posible que estas leyes llevaran a su maestro Sócrates a la muerte, inicialmente hace una afirmación frente a estas leyes griegas, y que tiene como portada la no coincidencia de las normas frente a la realidad social del momento, ante esto afirmo que *la prudencia del hombre en cualquier asunto público está por encima de las leyes*, aun cuando posteriormente se retracta, en los diálogos sobre *Las Leyes*, pues considera que la prudencia y sabiduría práctica del ciudadano no es suficiente para alcanzar una armonía social, pues son débiles como el hombre mismo, y de esta manera, contrario a lo que con anterioridad había expresado, recomienda que los gobernantes siempre deben someterse a las leyes. Platón considera que el recto vivir sólo se da en la Polis y la reflexión sobre las leyes lo guían necesariamente a una reflexión sobre el Estado (Platón, 1999, pág. 26).

En la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles (384 a.C.) prácticamente desautoriza a su maestro; parte del hecho de que ninguna ética concreta de la sociedad ofrece una solución adecuada para todos los problemas, por lo tanto un acomodarse a las exigencias de la sociedad constituye un alto valor moral no una debilidad, como lo concibió Platón, es decir, que se debe recurrir a la prudencia para poder decidir en algunos casos, los cuales pueden ser, igualmente, contrarios a la misma ley. De ahí que se llegue a afirmar que si la ley es justa la buena aplicación de la *epieikeia* (Etimología: *Epieikeia* razonabilidad, equidad, fr. *Epieikes* adecuado, razonable; comportamiento adecuado a las circunstancias) es todavía más justa, por lo tanto, la *epieikeia* supera la justicia en el sentido de corregir la ley (Aristóteles, 2012 LV. Cap, X).

Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo, siendo justo, no es lo justo legal, sino una dichosa rectificación de la Justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la Ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales y así en todas las cuestiones respecto de las cuales es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerla bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja.

La Ley no es por esto menos buena; la falta no está en ella; tampoco está en el legislador que dicta la ley; está por entero en la naturaleza misma de las cosas; porque ésta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos generales, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviese presente; es decir, haciendo la ley como él lo habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata. Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se le ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido (...J Tratándose de cosas indeterminadas, la ley debe permanecer indeterminada como ellas, igual a la regla de plomo de que se sirven en la Arquitectura de Lesbos: la cual se amolda y acomoda a la forma de la piedra que mide (García Maynes, 1999, pág. 49).

El *ius naturalismo* se ocupa, según Aristóteles, del derecho verdadero impuesto por las exigencias de la realidad y su propósito es enderezar el derecho positivo o la mera legalidad hacia la realidad, es decir, hacia la naturaleza político-social del hombre. Sin embargo esto no impide que su *epieikeia* continúe moviéndose dentro de un fixismo helénico, el de un ciudadano ideal de Platón, amante del bien común y ajeno a la ambición y al egoísmo (Eloyduy, 2013, pág. 230). En la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles, intenta acomodar constantemente una realidad humana, a una legalidad positiva, brote de un claro humanismo aristotélico que intenta ayudar a la ley a dejar su extremado rigorismo y conduciéndola, más bien, hacia la condescendencia. Porque, concluye Aristóteles, que la falta no está en la ley ni en el que la hace, sino en la naturaleza de la cosa (Eloyduy, 2013, pág. 234).

Alejandro Magno rey de Macedonia (356-323 a. C.), pone fin al Imperio Persa. Sentó las bases de su vasto imperio, con la unificación de la moneda, que le permitió un mayor control de la economía, impuso la lengua griega como lengua común (como una *Koine*), funda esplendorosas ciudades, entre ellas Alejandría en Egipto, que hiciera parte de lo que se denominó 'el mundo helénico' y que consistió en unir la cultura macedónica con la cultura persa (Bibliografías y vidas, 2012). Con su temprana muerte se abre paso un nuevo imperio: el romano.

Ya antes de que este imperio fuese considerado como tal tuvo un complejo desarrollo legislativo que engrandeció este imperio y que lo ha hecho perdurar hasta nuestros días.

En la primera etapa legislativa en roma del 753 a.C. hasta el surgimiento de las XII tablas (Derecho *Quiritarium*), lo que tenemos es una Roma poco civilizada (No es sencillo establecer fechas precisas, o mejor, como lo dice Fustel de Coulanges: *En la historia de estas sociedades antiguas, las épocas se determinan más fácilmente por la sucesión de las ideas y de las instituciones, que por la de los años.*), dedicada al culto, al pastoreo y a la agricultura, sus necesidades debían ser muy reducidas, de esto se deriva que a este tipo de cultura corresponde una noción de derecho completamente empírico (conjunto de usos recibidos de los antepasados y sancionados por la aceptación pacífica de la comunidad) y estricto (*Ius strictum*, es decir, unas reglas impregnadas de formalismos, con oraciones solemnes y precisas, acompañadas de ritos elevados a los antepasados, los cuales tienen el poder de producir los efectos esperados. Por lo tanto, aun no tiene peso social, ni jurídico la mera expresión de voluntad), de donde se desprende un derecho vivo y arraigado en las costumbres que se acepta puesto que no se puede hacer otra cosa (De Coulanges, 1997, pág. 91). Los grupos naturales formados sobre la base del parentesco agnado, es decir, con base en el culto hacia un antepasado común (cada familia tenía sus dioses y sólo se concebía y adoraba la así denominada ‘divinidad doméstica’), dan origen a las así denominadas familias, donde el hijo tenía el deber de hacer las libaciones y sacrificios a los *manes* de su padre y de todos sus ancestros (la oración y la ofrenda se presentaba sólo para los padres, por lo tanto es significativa la designación que del rito a los antepasados hacen los griegos y los latinos: *parentare*). De aquí proviene la reflexión de que el derecho encontró su origen en la familia, para Fustel de Coulanges *El derecho antiguo no es obra de un legislador; al contrario, se ha impuesto al legislador* (De Coulanges, 1997, pág. 91). A cargo de la familia antigua se encontraba el *pater* (Termino que en sentido religioso se aplica a todos los dioses) término que en Derecho se aplica a cualquier hombre que no dependía de otro y que ejercía autoridad sobre su familia y sobre un dominio: *pater familiæ* (De Coulanges, 1997, pág. 95).

A esta etapa clásica legislativa, le podemos atribuir el desarrollo del concepto de *æquitas*, este surge con la división del poder en Roma a través de los Decenviros, quienes son designados para dirigirse a Grecia, estudiar sus instituciones y leyes y de esta manera solucionar los graves conflictos entre plebeyos y patricios que aquejaban el tranquilo desarrollo de Roma, de aquí surge la elaboración de las XII Tablas, que no fue otra cosa que la escritura de la tradición romana. En esta etapa clásica del derecho, surge un poder

político representado en los Cónsules, quienes ante el crecimiento de roma descarga algunas de sus funciones en algunos magistrados denominadas *Prætores*, término que etimológicamente significa ‘ir adelante’, estos pretores tenían a su haber el mando militar y lo hacían montados a caballo, *magister equitum*, con el pasar del tiempo y ante la amenaza de la toma del poder de forma despótica por parte de los decenviros, las magistraturas se especializan y se dividen el poder en Roma. Los Cónsules se encargan de la religión y de los ejércitos; los Pretores se encargan de la administración de justicia y estaban dotados de una *iuris dictio*: decidir sobre el derecho; los Censores se encargaban de verificar cuantos ciudadanos había en Roma, pero igualmente verificaban cuantos esclavos poseía cada familia romana; y finalmente los *Quæstores* que se encargan del fisco y los Ediles quienes tenían funciones administrativas y de policía, los dos últimos fueron considerados como una ‘baja magistratura’ (De Coulanges, 1997, pág. 102).

A partir del S II a.C. en una sociedad en constante crecimiento y transformación, como lo fue Roma después de las guerras Púnicas, el *ius civile* ya no es capaz de responder a la nueva realidad, por lo tanto se comienza a consolidar un nuevo derecho, que sin derogar el *ius civile* lo corrige y lo actualiza; este nuevo derecho se denominó el *ius honorarium* y quienes se dieron a la tarea de introducir este nuevo derecho fueron los Pretores, que se dieron a la tarea de ‘ir adelante’, también en el derecho. Estas decisiones que provenían de los Pretores, es decir, de los *magister equitum*, fue denominada por Celsus (Jurisconsulto romano, perteneció a la escuela proculeyana, se le reconoce como uno de los jurisconsultos más agudos y cáusticos de la época imperial) como el *ars boni et æqui*, arte de lo bueno y de lo equitativo (CELSE, 2010). La *æquitas* romana surge, entonces, a través de las decisiones emanadas de estos pretores, quienes intentaron a través de sus edictos atemperar la dureza y el formalismo de un *ius civilis*. Para los pretores el derecho debía adaptarse a la *æquitas*, debería ser, entonces, la finalidad de la norma jurídica, evitando así la elaboración de unas normas que causaran inequidad (El Diccionario Panhispánico de Dudas de la Real Academia de la lengua: Inequidad. ‘Desigualdad o falta de equidad’. Además, en la especificación correspondiente se recomienda: No debe confundirse con inequidad la ‘maldad’ o la ‘injusticia’), sus decisiones debían estar permeadas por el *bonum et æquum* de donde surgen las *actiones in bonum et æquum* o pretorias *in factum* (Rascón García, 2000, págs. 83-90), acción concebida o redactada en consideración a un hecho), que pretenden proteger a las víctimas

de delitos o daños (Gutierrez-Alviz, 1995). Para Papinianus (también conocido en la ‘Ley de citas’ como el *primus omnium*. Fue considerado como uno de los jurisconsultos más importantes de la época clásica) el *ius honorarium* fue el ‘derecho’ promovido por los Pretores con el ánimo *de corroborar, suplir o corregir el derecho civil por utilidad pública*.

La *aequitas* desarrolla entonces, desde muy temprano, una concepción del *ius* (derecho) como *ars boni et aequi*. Bien entendieron los romanos que *ubi societas ibi ius* (donde hay sociedad hay derecho), y de aquí la necesidad de perfeccionar un concepto como es el de *iustum* (lo justo) que designa el derecho que fluye de la ley, los romanos no escatimaron esfuerzos en la adecuación de la *traditio* (tradición) romana a la ley. Aquí radica la gran diferencia entre griegos y romanos, la *epieikeia* griega dice respecto a los actos morales, a la conveniencia, en tanto que la *aequitas* romana dice respecto a la ley, es decir a la rectitud, al equilibrio con el que deben actuar las personas (Falcón y Tella, 2005, pág. 24 y ss). Los derechos subjetivos no tenían una forma propia de protección, es decir no existía un derecho procesal para los no ciudadanos, por lo tanto los pretores asumieron la ‘tutela’ de los derechos a través de las *Actiones Praetoriae* o acciones pretorias, categoría de acciones honorarias así denominadas por haber sido concedidas por el pretor para amparar situaciones no previstas por el derecho civil y recogidas en sus edictos (Gutierrez-Alviz, 1995), esta protección de los derechos tiene vital importancia y trasciende a nuestro derecho en el ámbito de la *bonis esse* o propiedad bonitaria, frente al *dominium* o propiedad quiritaria y en el ámbito de la *actio publiciana*, ante la acción reivindicatoria, la primera frente a los no ciudadanos y la segunda frente a los ciudadanos romanos (Rascón García, 2000, pág. 85). Todo esto con el fin de proteger los derechos de los ‘sin derechos’ (En Roma había una vasta gama de personas que no se consideraban con los mismos derechos que los romanos como por ejemplo: los clientes, los esclavos, los extranjeros, etc.).

Sin embargo, no es difícil inferir que la *epieikeia* griega no estaba del todo separada de la *aequitas* romana, así vemos como Ulpiano definió la justicia como la voluntad de *dar a cada uno lo suyo*, es decir, la sustentó en el ‘principio de la correspondencia’ o sea da dar a cada quien lo que le corresponde, como fundamento de una sana convivencia (Ulpiano, 2014). De aquí surge una institucionalización romana con base en unos principios que debían responder a una *Tria Iusris praecepta* como son: *Honeste vivere* (vivir

honestamente), *Alterum non Laedere* (al otro no perjudicar), *et Suum cuique Tribuere* (y dar a cada uno lo suyo), estos tres preceptos no hacen más que reafirmar que el orden moral permaneció incólume por mucho tiempo en el mundo romano.

Los preceptos del Derecho son tantos cuantos son las leyes; pero se distinguen con este nombre tres principios generales de que nace como de su fuente toda la doctrina del Derecho, y son: 1.º vivir honestamente, *honeste vivere*; 2º. No hacer mal a otro, *neminem laedere*; 3º. Dar a cada uno lo suyo, *suum cuique tribuere*. El objeto del primero dicen, es hacer un hombre de bien; el objeto del segundo es hacer un buen ciudadano, y el objeto del tercero es hacer un buen magistrado. El primero enseña lo que el hombre se debe a sí mismo; el segundo lo que debe a los demás, y el tercero, lo que debe un magistrado a los que están sometidos bajo su jurisdicción. El primero de estos preceptos se limita a una pura honestidad, la cual puede violarse sin hacer daño a nadie cuando se hace una cosa que está permitida, pero no es conforme al decoro: *Non omne quod licet, honestum est*. El segundo nos ordena que no hagamos en el comercio de la vida cosa alguna que cause daño o perjuicio a otra persona, cualquiera que ella sea, en sus bienes, en su reputación o en su cuerpo, *sive in bonis, sive in fama, sive in corpore*", de modo que este concepto excluye toda violencia, toda malicia, todo fraude y, generalmente, todo lo que se opone a la buena fe. El tercero, en fin, enseña a los encargados de la administración de la justicia las reglas que deben seguir en el desempeño de sus funciones (Ulpiano, 1991).

Sin embargo es la *aequitas* que interviene para restablecer la justa proporción, el equilibrio debido entre el derecho y las complejas relaciones que surgen en la vida de cada individuo y que siempre están en continuo movimiento, es decir, un modelo sobre el cual debe adaptarse toda norma jurídica, se entendió como algo real que influyó y se refirió en cada momento a la vida práctica, sentido de manera diferente en cada momento histórico. En pocas palabras la búsqueda constante de una sana convivencia.

Finalmente se podría entonces definir la *aequitas* como el *intellectum* (inteligencia) del derecho, la objetivación de la metafísica aristotélica que concebía los principios como una *intuición* de la naturaleza. Para los romanos la *aequitas* respondió a una realidad muy humana, mientras que en la ley helénica prevaleció el matiz de la especulación.

Marco Tulio Cicerón, jurista, político, filósofo, escritor y orador romano, en su obra *La República* (obra escrita en el año 51 a. C. y recuperada, especialmente, en los escritos de San Agustín), intenta demostrar que *la superioridad de la constitución romana no se debe a un solo hombre sino que es fruto de la experiencia de muchos siglos y del esfuerzo de hombres virtuosos*. Frente al idealismo platónico, Cicerón opone una teoría realista

fundada en la historia y en la experiencia del pueblo que ha asumido un indiscutible protagonismo histórico: Roma (Biondo, Biondi, citado por Vallet de Goytisolo, J., 1994, pág. 43). Cicerón sostiene *que en los asuntos políticos la práctica es superior a la teoría*. Es por esto que les corresponde a los hombres virtuosos ser ejemplo, con su vida y acción, al pueblo que los eligió (la filosofía que triunfa en Roma no es especulativa, sino, pragmática y moral).

... nuestra discusión debe abarcar todo el derecho en su universalidad; de manera que ese derecho particular que llamamos civil, no sea otra cosa que parte del todo, ocupando muy pequeño lugar en el de la naturaleza; porque lo que necesitamos explicar es la naturaleza misma del derecho, y debemos ir a buscarla a la naturaleza del hombre. En seguida hemos de considerar que leyes deben regir las sociedades; después tratar de esas reglas escritas y compuestas o derechos y decretos de los pueblos que forman los derechos civiles, y en esta parte no quedarán olvidados nuestros propios pueblos (Cicerón, 2013).

Posterior al Derecho Clásico romano este concepto de *aequitas* se ha interpretado según la realidad histórica de cada época.

Bástenos decir que toda esta esplendorosa creación del derecho clásico fue recopilada en una gran obra denominada: El *Corpus iuris civilis* (C.I.C.), por Justiniano emperador del Oriente (527 d.C.), ayudado por su Ministro Triboniano, con el ánimo de volver a la edad de oro del derecho clásico. Está compuesta por cuatro grandes libros, el primero: *Digesta* en latín (modo de citar el C.I.C: D. o Dig. = ***Digesta***, a continuación se cita el libro, el título, el fragmento y por último el párrafo. El primer párrafo de cada fragmento del Digesto es considerado como Pr. = ***Principium***) o *Pandectas* en griego, prácticamente recoge toda la obra de Ulpiano y, en menor medida, la obra de Paulo, los dos pertenecientes a tiempo de la República. Con la recopilación que se hizo en el Digesto, Justiniano intentó reducir las fuentes del derecho a una sola, exclusivamente a la voluntad del emperador, por lo tanto sólo tendría fuerza de ley las normas que en últimas procedían de las Constituciones Imperiales; el segundo: Las *Institutas* (I. o Inst. = ***Institutas***), con la cual se pretendía realizar una obra que fuese asequible a los estudiantes de la época, una obra que fuese didáctica como lo fueron en su tiempo las *Institutas de Gayo*; el tercero: El *Codex* (C. o Cod. = ***Codex***), fue una recopilación del derecho que regía en Constantinopla; el cuarto y último (Rowe, 1995) libro se denominó como *Las Novelae* (N. o Nov. = ***Novelae***), una obra de dudosa procedencia pero de gran importancia ya que hace



una recopilación de numerosas Constituciones Imperiales, redactadas en griego y que introducen un elemento muy nuevo frente al derecho romano como es el derecho público y el derecho eclesiástico (Sanchez, 1994, págs. 147-155).

### 3. De la *aequitas* a la *ratio*

En el S. III a.C. surge una escuela denominada la de los estoicos, quienes agregan un nuevo componente a la filosofía helena: la *ratio* o razón, que según ellos es la que distingue al hombre de los animales; para ellos el primer imperativo ético era vivir conforme a la naturaleza, lo cual equivale a decir conforme a la razón, ya que la naturaleza es racional y por lo tanto, un orden justo (Rowe, 1995, págs. 183-198).

Dicen nuestros estoicos, como tú sabes, que hay dos cosas en la naturaleza de las que todo se hace: la causa y la materia. La materia yace inerte, preparada para todo, ociosa si nadie la mueve. Por el contrario, la causa, esto es, la razón [ratio-logos], da la forma a la materia, la vuelve a lo que quiere y de ella saca varias obras. Debe, pues, haber de donde se haga algo y después quién lo haga. Esto es la causa; aquello la materia (Seneca, 2010)

En este orden de ideas la *aequitas* terminó como *sequitur legem* (siguiendo la ley). Las obras de los estoicos se reputaron como la razón escrita, porque se arreglaron a los dictámenes de su conciencia y es así como los estoicos tienden un manto de tierra fértil donde se desarrollará, específicamente en Europa, una civilización judeo-cristiana, donde la ley se constituye como el bastión que sostiene una sociedad '*teologizada*'.

Desaparece el sistema judicial imperial, tanto occidente, como oriente habían sucumbido a las invasiones, se pasa a la aplicación de un derecho consuetudinario perteneciente a pequeñas localidades y esto con el fin de mantener, en ellas, el orden. El derecho pasa a ser un derecho que proviene de la tradición de personas pertenecientes a un mismo lugar o de un origen étnico similar, se destaca especialmente la costumbre germánica (Stein, 1999, págs. 53-61).

La custodia de la tradición jurídica romana, recayó fundamentalmente en la Iglesia y consecuentemente publica la así denominada *Lex Romana canonice compta* (S. IX d. C.). De esta manera la Iglesia se atribuye para sí, no solo la enseñanza de la religión, sino y también la del derecho, en pocas palabras, se inicia una época de *cristianización del*

*derecho*. Pero es sobre todo con la coronación de Carlo Magno en el 774 d.C., quien aunado al poder papal, fundan el así denominado Sacro Imperio Romano Germánico dando inicio a una explotación de la conciencia mística y jurídica en Europa, *unum imperium, unum ius* (un sólo derecho, un sólo imperio), época denominada también como ‘Renacimiento Carolingio’.

En el S. XI se rompe esta unión debido a las no muy amigables aspiraciones papales, de atribuirse para sí una misión divina, superior a la del Imperio. Se inicia, de esta manera, por un lado un movimiento teológico denominado ‘Escolástica’ que intenta subordinar el conocimiento al imperio de la fe, y que concibió al derecho como una categoría de la ética, dada su relación con el comportamiento humano. Por otra parte, un movimiento laico que inician un lento retorno a la obra de Justiniano y que, por supuesto, da inicio a una fuerte lucha por tratar de ubicar al derecho en el esquema general del conocimiento.

Es de esta manera como surgen los glosadores o Escuela de Bolonia (S XI, d.C.), movimiento fundado por Ireneo y cuya finalidad fue el estudio del *Corpus Iuris Civiles* (C.I.C.), buscando en últimas su sacralización, ante el inminente peligro de que los laicos aventajaran a la Iglesia en el estudio del mismo. Intentaron que su contenido fuera más comprensible, para los estudiosos (favoreció con su escuela lo que hoy denominamos universidades), pero y al mismo tiempo auspiciaron una auténtica veneración por este texto, es decir, por un derecho ‘positivado’ se partían de la premisa de que la norma contaba con todo lo necesario para responder a cualquier género de problema jurídico que se planteara. De Ireneo se dice que fue quien elevó y perfeccionó el derecho a través de un ordenamiento jurídico, el cual se consideró por mucho tiempo como *un patrimonio de riqueza jurídica para construir el fundamento racional de todas las dimensiones indefinidas para el futuro de la experiencia jurídica* (AA.VV., 2013, pág. 161).

Al lado de las glosas se desarrollaron varios géneros de literatura jurídica como la *Summa*, (o exposición doctrina sistemática de toda una materia o rama jurídica completa, sin la exégesis propia del género anterior), el *Apparatus*, (consiste en un comentario exegético, palabra por palabra de un texto) y las *Distinctiones* (trata de determinar el sentido de un texto a través de la distinción de varios significados), ante la complejidad de seguir estudiando los textos del C.I.C. (Albert, 2013, pág. 21), se inicia una larga

peregrinación hacia la *interpretación* de todos estos textos. Dentro de esta escuela surge una escisión, la de Bulgarus (1085-1166), jurista italiano, quien sostenía que el Derecho Justiniano era de por sí equitativo, de tal forma que la función del intérprete, con relación a cualquier texto consistía en la búsqueda de la *ratio legis*, es decir, el propósito de la norma concreta, una interpretación ortodoxa y rigurosa de la ley; mientras que, y al mismo tiempo, en abierta contraposición encontramos a Martinius (tanto Bulgarus como Martinius, juristas italianos, seguidores de Ireneo, a través de la escuela de los glosadores), quien muestra una tendencia hacia el finalismo interpretativo al servicio de la equidad, es decir, a la luz de una sensibilidad jurídica buscan la solución más equitativa para luego recurrir al C.I.C. en busca de elementos que favorecieran tal interpretación (Margadant, 2013, págs. 101-103), los ‘ortodoxos’ lo calificaron como una falacia y afirman que

(...) para conseguir soluciones firmes (y por lo tanto, resultados forenses relativamente previsibles, en bien de la seguridad jurídica), consideraron que para alcanzar esta meta, era necesario basarse en los textos justinianos sin concesiones a otros sistemas o a impulsos subjetivos, por nobles que ellos fueran (Margadant, 2013, pág. 102).

Uno de los fuertes propósitos de los glosadores fue el descubrimiento de los principios generales contenidos en el C.I.C., los cuales podían ser utilizados como argumento en cualquier materia en la que estos podían ser relevantes, fue así como se comienza a asumirlos como una presunción en favor de la parte que los utilizara (Stein, 1999, págs. 68-69). De esta manera el trabajo que los glosador desarrollaron fue dejar de realizar una mera interpretación gramatical (*littera*) para intentar alcanzar la comprensión del sentido de la fuerza de la ley o la capacidad legal que cada norma tenía respecto a las posibles situaciones de hecho (*sensus*). Comienza a realizarse un estudio del derecho a través de silogismos (razonamientos deductivos), argumentos y distinciones que tenían el objetivo de comprender el sentido de la ley o *mens legum*. Para la puesta en práctica de este novedoso procedimiento se requería de una serie de operaciones lógicas: en primer lugar, se debían agrupar los pasajes que dentro del *Corpus Iuris* concordaban con el texto que se estaba estudiando, así como también se necesitaba reunir a todos aquellos pasajes que proporcionaban soluciones diferentes de esta manera se determinó que el derecho hacía parte de la lógica y que por lo tanto estaba integrado por tres artes: gramática, dialéctica y retórica, conocidas también como el *trívium*. Es así como por un largo periodo

de tiempo (unas seis generaciones), los comentarios académicos de los textos jurídicos se convirtieron en una auténtica fuente del derecho (Stein, 1999, pág. 68).

A partir de del S. XII, inicia una acomodada coexistencia entre un derecho justiniano o civil, que se consagra expresamente al estudio del C.I.C., y una naciente construcción, en los monasterios, del así denominado derecho ‘canónico’; mientras que en la academia esto sucedía en la vida real en los feudos se aplica un derecho consuetudinario y en las ciudades se hacía una interpretación amañada del derecho civil, todo esto gracias a las contradicciones encontradas en el Digesto y en el Codex de Justiniano. Mientras que en el primero se afirmaba que tanto la costumbre como la ley estaban basados en la aceptación popular, de tal manera que la costumbre podía derogar la ley, en el segundo, en una norma de Constantino, se dice que la autoridad de la costumbre no se extiende a aquellos supuesto en los que este en contradicción con la razón o con la Ley (Stein, 1999, pág. 90).

Simultáneamente a estos hechos, se traduce la obra de Aristóteles que enriqueció profundamente la academia del momento, pero que tuvo especial impacto en Alberto Magno (1193-1280), filósofo y teólogo alemán, quien se convirtió en su más ferviente admirador y, a su vez, en la primera persona que comenta la *epieikeia* aristotélica:

Algunas de nuestras acciones, dice, están de tal modo sometidas al cambio y dependen tanto de las variaciones del tiempo y lugar, que es imposible formular en relación con ellas una regla válida para siempre. Surgen sin cesar casos imprevistos (emergentes) que escapan a la ordenación general. En esos casos observar la letra de la ley sería hacerse infieles a su sentido profundo (Magno, *Ethicorum*, 1891).

Y añade en su obra *Politicorum* esta importante reflexión:

Por su misma naturaleza los actos humanos son inestables y están sin cesar sometidos al cambio. Hay que respetar esta continua variabilidad de lo real y no pretender abarcar todas las acciones humanas dentro de una sola y misma ley universal, lo real no debe acomodarse a la regla, sino la regla a lo real (Magno, 1891).

Según Alberto Magno no se trata, pues, de encontrar una fórmula para escaparse al cumplimiento de la ley, sino de cómo cumplir la ley de un modo más profundo y auténtico en las diversas circunstancias concretas de la vida. Como consecuencia de esto distinguió y exigió delimitar los ámbitos de la fe y la razón.

En el S. XIII, en pleno apogeo de la escolástica, que tiene inicio con la fundación de Universidades, se produce una ‘mentalidad’ que conformó las bases de un pensamiento jurídico y político cristiano en toda Europa. Toda esta mentalidad fue soportada por la gran obra *La Summa Theologica*, de Tomás de Aquino (1224-1274), en la cual el autor no escatima oportunidad para hacer referencia al Digesto, como cuando define la justicia con una frase de Ulpiano: *est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (voluntad perpetua y constante de dar a cada uno su derecho D. 1.1.10. pr.). De la misma manera en la esfera de la literatura y más específicamente con la obra de Dante Aligeri, fiel y prolijo estudioso del Digesto, se impone a toda la cristiandad, con su obra *La Divina Commedia*, una nueva comprensión de la historia a través de una serie de aventuras en trílogo entre Dios, diablo y hombre, como una manera de enseñarle al pueblo la existencia del infierno, el purgatorio y el paraíso.

De alguna manera Tomás de Aquino, también llamado Doctor *angelicum*, perfecciona la doctrina de Alberto Magno quien fuera su maestro, y que así se expresa acerca de los actos humanos:

Responderemos que según lo dicho, cuando se trató de las leyes, puesto que los actos humanos que las leyes regulan, consisten en cosas contingentes, las cuales pueden variar de infinitos modos; no fue posible establecer alguna regla de ley, que en ningún caso faltase, más los legisladores se fijan en lo que sucede en el mayor número de casos, y según esto dan la ley. Pero observarla en algunos casos es contra la igualdad de la justicia y contra el bien común, que la ley se propone, como la ley instituyó que se devuelvan los depósitos, por cuanto esto es justo en el mayor número de casos; mas puede suceder a veces que sea perjudicial, v. gr. si el furioso depositó una espada, y la pide mientras está en el acceso, o si alguno reclama el depósito para combatir a la patria. En estos y semejantes casos es malo seguir la ley constituida, mas es bueno, dejando a un lado las palabras de la ley, seguir lo que piden la razón de justicia y la utilidad común; y a esto se ordena la epiqueya, que entre nosotros se llama equidad. Luego es evidente que la epiqueya es virtud (Aquino, págs. q. 96, a. 6)

Y agrega:

Responderemos, que según lo dicho, una virtud tiene tres partes, subjetiva, integral y potencial: la subjetiva es aquella, de la que se predica el todo esencialmente, y es menos; lo cual puede tener lugar de dos modos: 1° a veces se predica algo de muchos según una sola razón, como animal se dice del caballo y del buey; y 2° otras veces se predica según la prioridad y posterioridad, como ente se predica de la sustancia y del accidente. La epiqueya pues es parte de la justicia comúnmente dicha, siendo como cierta justicia, según se dice (Ethic. 1. 5, c. 10).

Es por lo tanto evidente que la epiqueya es una parte subjetiva de la justicia, y de ella se dice antes que de la legal; porque la justicia legal es dirigida según la epiqueya. Luego esta es como cierta regla superior de los actos humanos (Aquino, pág. q. 48)

Es así como Tomás de Aquino con fórmulas muy precisa y rigurosas llega a la conclusión, en lo que dice respecto a los actos humanos, que la equidad (a la que define también como virtud) es como la norma más alta, que responde a la justicia legal, pues ésta exige que la ley se oriente hacia la igualdad de la justicia y hacia el bien común (Egenter, *Epikie. Lex. f.*, 1940). Entonces ante la imposibilidad de encontrar una norma que no fallase en algún caso, mantener la ley va contra esa misma justicia y el bien común que la ley quiere preservar, sin embargo esto será siempre una excepción.

Tomás de Aquino promueve la fidelidad a la moral griega y al Derecho romano sobre todo en tres direcciones:

1. En el campo de la interpretación de la ley o de la mente del legislador, objeto de la jurisprudencia.
2. En el campo de la aplicación benigna del Derecho, especialmente en el ejercicio del poder judicial, que sin suprimir directamente las leyes, las fórmulas con más humanismo y benignidad, preparando así una nueva redacción de las mismas leyes.
3. En la crítica directa de la ley y de sus partes, cuando éstas parecen incapaces para seguir vigentes (Eloyduy, 2013, pág. 235).

Entonces, desde la perspectiva de Tomás de Aquino, el juez no puede aplicar la letra de la ley contra las exigencias del Derecho natural, pero termina por enfatizar, que sin embargo, la interpretación benigna de la ley no puede ser utilizada por los súbditos, sin interpelar, cuando sea posible, el parecer del príncipe. De esta manera, la equidad medieval, termina siendo mayormente restrictiva, frente a la *epieikeia* aristotélica que fue principalmente extensiva (Eloyduy, 2013, pág. 235).

Ya para la época se abre una fuerte discusión acerca de la aplicación del derecho civil, pero éste, siempre y cuando no afectara al derecho canónico; ya se tenía clara conciencia de que el derecho civil se ocupa de los bienes que los hombres disfrutaban en la tierra y que el derecho canónico se ocupa de mantener alejados los pecados así como de garantizar la salvación del alma inmortal; pero esto no fue tan tranquilo ya que ‘la salvación de las almas’ implicó que la Iglesia se inmiscuyera en muchos asuntos y terminara por usurpar la jurisdicción civil.

A los inicios del S. XIV y ante la decadencia del método de la glosa, se dieron las condiciones en el surgimiento de un nuevo método para el estudio del *Corpus Iuris Civilis*, el de la escuela de los Comentaristas o Pos-glosadores, sus principales representantes fueron: Petrus de Ballepertica y Jacobo de Ravanis en Francia, mientras que, en Italia, fue introducido por Bartolo de Sassoferrato y su discípulo Baldo de Ubaldi. Contrario a lo que los glosadores buscaron en el sentido de la ley o *mens legum* (la mente del legislador), los comentaristas buscaron el *spiritus legis* (el espíritu de la ley); los primeros se reservaron a los textos, mientras que los segundos se lanzaron a la práctica; para los glosadores el Derecho justiniano era intocable, mientras que los comentaristas se permitieron un razonamiento más amplio del derecho y su enriquecimiento con el estudio comparativo de otros derechos. Los géneros literarios desarrollados por los comentaristas fueron: el *consilium* (se refiere a los consejos que los juristas ofrecen a los particulares sobre los negocios o las diferentes actividades jurídicas que realizan), el *tractatus* (especies de monografías o estudios amplios sobre una materia jurídica) y el *commentarium* (género literario que dio el nombre a la escuela, y tendió hacia la ordenación sistemática del C.I.C. y a la obtención de conceptos generales a partir de premisas concretas). El resultado? La prevalencia que por mucho tiempo se le dio a la *communis opinio* (opinión común), sobre las propias fuentes. Es de esta manera como las escuelas de estudio del C.I.C., sean glosadores como comentaristas, se convirtieron en el motor de desarrollo de un Derecho Común en Europa o así denominado *ius commune*.

A finales del S. XV, surgen un gran número de escuelas y universidades, que forman incontables juristas, con el ánimo de volver a las fuentes del derecho. A esta etapa se le dio el nombre de humanismo. Uno de sus más grandes representantes fue Andrea Alciato (1492-1550) quien se impuso la tarea de combinar los estudios jurídicos con los humanísticos, en el desarrollo de estudios sobre la jurisprudencia en su obra *De Verborum significatione* (Alciato, 2009). Otro gran exponente de la época fue Jacques Cujas (1520-1590), jurisconsulto e historiador francés quien se impuso la tarea de revisar la interpretación que se habían hecho sobre las normas y que se habían impuesto hasta el momento, llegando a la conclusión de que, en no todas las circunstancias esa interpretación era la más acertada, se debía, por lo tanto, llevar toda interpretación a la *ratio iuris* (Stein, 1999, págs. 106-109). Cujas, con otros estudiosos a través de una reflexión histórica del derecho, llegaron a la conclusión de que el derecho romano cambió

en la medida que cambiaba la sociedad romana, y es así como se logra quitar sustento a lo que por largo tiempo se denominó como ‘validez universal del derecho’, de la misma manera, el C.I.C. pierde la ‘veneración’ en la que se le mantuvo hasta entonces.

Mientras que estas escuelas se desarrollan en Francia e Italia, en España surge un jurista, filósofo y teólogo, llamado Francisco Suárez S.I (1548-1617), quien toma una posición bastante avanzada para su tiempo acerca de la posibilidad de derrocar al mal gobernante y remplazarlo por otro; además de iniciar un profundo estudio acerca del derecho de gentes y la sociedad internacional. De la misma manera, en una época donde el rigor de la inquisición limitaba toda forma de expresión, logró como teólogo comentar a Tomás de Aquino y a Duns Escoto, e ir más allá de lo expresado acerca de la equidad. Es precisamente el estudio del mundo jurídico-moral que por sus intrínsecas conexiones con los cambios sociales, lo que impulsó a Suarez a plantear una nueva doctrina sobre la equidad desde puntos de vistas nuevos. Según Suárez la equidad no contradice el texto de la Ley, sino que por el contrario, la ve como una exigencia de la responsabilidad humana. El hombre en su carácter social natural, otorga el poder a sus gobernantes quienes hacen las leyes y por este motivo pueden retomarlas (Egenter, 1948, págs. 115-127), de esta manera, la equidad no sólo tiende hacia el bien común sino que va en dirección a las necesidades del individuo, *en orden a su perfeccionamiento*.

En abierta contradicción con Aristóteles quien asume que el hombre nace para la ciudad y, que por lo tanto, lo que manda la ciudad lo manda la naturaleza, es analizado de esta manera por Eloyduy:

Suarez no podía admitir que el hombre naciera exclusivamente para ser ciudadano de su patria (según lo expresado por Aristóteles). Nadie nace para ser sólo español o sólo francés, y ni siquiera para ser ciudadano del mundo o de la sociedad universal. Como ciudadano está uno obligado a la justicia legal en su sentido más estricto. Como miembro de la sociedad humana y universal debe poseer una justicia legal de otro género superior. Pero esto no basta. Como criatura racional, debe regularse por las exigencias de una justicia de orden aún más elevado, siendo bueno y justo en toda la extensión de la palabra. Esto es ser *epieikes*. En esta última zona superior debe situarse para cumplir con los deberes que le impone la *epiqueya*. A veces, por encima de las palabras materiales de la ley positiva, tanto canónica como civil, deberá cumplir obligaciones *supra legales* y *supra reglamentarias* (Egenter, 1948, pág. 139).



Suarez de alguna manera rechaza la posición de Aristóteles quien en su momento clasificó la epiqueya como parte de la justicia, pero también la de Santo Tomás que aunque niega igualmente lo dicho por Aristóteles, reduce la equidad a una parte subjetiva de la justicia, y de ella señala que es aún más excelente que la misma virtud de la justicia. Suárez, por el contrario, afirma que es más bien la virtud a la que por antonomasia llaman equidad, la que tiene un objeto propio, diferente de la justicia legal, que es lo justos *secundum verba legis* (según lo expresado por la ley), mientras que la epiqueya es *contra verba legis* (contrario a lo expresado por la ley), es más, amplió las ocasiones en que puede aplicarse la *epieikeia*, pues no sólo en los casos en que se presente un mal evidente que evitar sino también aquellos en que es razonable obrar contra la ley buscando una mejor aplicación de ella para bien del individuo (Eloyduy, 2013, pág. 238).

Frente a los inconvenientes en la aplicación de la ley, Suarez propone frente a ésta una *cessatio legis* (cesación de la ley), diferente a lo que proponía Tomás de Aquino como era la intervención del príncipe. Para Suarez esto sería una *revocatio legis* (revocación de la ley), más que una *cessatio* la cual sólo operará cuando cesa de manera certera, el fin intrínseco y extrínseco de la materia de que se trata, si no opera la certeza, en este caso es prudente el recurso del príncipe o legislador (Eloyduy, 2013, pág. 247).

Sin embargo y en últimas, en su obra *Sobre las leyes* (1612), Suarez muta la concepción que traía sobre la equidad, otorgándole finalmente el carácter de ‘función’ como lo fue el de moderar o atenuar el rigor de la ley, no como en una concepción griega de *epieikeia*, o en una concepción romana de *aequitas*, sino y más bien, dejando de lado la búsqueda del espíritu de la ley o de la *ratio legis*, la convierte en moderadora de los actos humanos, que terminan impregnados de benignidad y misericordia, afirmando lo dicho por Cipriano, Obispo de Cartago: *la equidad cristiana es una justicia suavizada con la dulzura de la misericordia*.

De esta manera, lo que se sigue, es un dirigir la atención hacia una construcción espiritual del hombre más que a una construcción de una institucionalidad democrática, la *aequitas romana* pierde toda consistencia, pues sólo como hijos de Dios es que merecemos un derecho benigno *buono et equo*, no por la persona misma. Se fija entonces en la sociedad, una percepción cristiana de la persona, y por supuesto, el respeto que se

le debe al derecho que cumple con la función de salvaguardar un poder que, en todo caso, procede de un derecho fundamentado en el teocentrismo de la época.

#### **4. El Derecho Común y los Tribunales de equidad**

Tras la conquista normanda a Inglaterra (1066), el derecho se modificó. Se abandonó todo cuanto tuviera relación con el *Corpus Iuris* y se instauró un Derecho Común o un Derecho del *Common Law*, es decir, el derecho aplicado por los Tribunales del Rey, los cuales seguían un mismo conjunto de principios y reglas jurídicas basadas primordialmente en las decisiones adoptadas por estos mismos tribunales, estas reglas jurídicas tenían un carácter de Derecho no escrito, no promulgado y no sancionado. Su fundamento es netamente jurisprudencial, por lo tanto se va creando un derecho fundamentado en la *Remedies precede rights*, o en un derecho de los ‘precedentes’ y que a su vez viene enriquecida por algunas leyes parlamentarias y otras delegadas, emitidas por el gobierno central, por la costumbre y finalmente por la doctrina.

En la edad media los tribunales en Inglaterra ya eran laicos, frente a los tribunales de la Europa continental, los cuales eran en su mayoría eclesiásticos. En Inglaterra junto a los tribunales de la *common law*, tuvieron vigencia otro tipo de tribunales denominados de la ‘*equity*’, que nacieron ante las necesidades insatisfechas de los particulares y quienes se vieron en la necesidad de recurrir directamente al Rey, quienes a *motu proprio* dispensaba justicia, sin embargo, y ante el creciente aumento de estas demandas el Rey se vio obligado a entregar esta función a su Canciller, funcionario que conservaba gran cercanía con el Rey y quien se dio a la tarea de administrar justicia a través de una *Court of Chancery*, con un procedimiento muy sencillo y que implicaba gran discrecionalidad por parte del Canciller y con decisiones que se atenían más a la intención que a la forma, estas decisiones terminaron por denominarse como *Remedies of Equity* y que se tomaban de forma expedita.

Según Carlos M. Entrena, a lo largo del tiempo en la *Equity* se han configurado una serie de principios a los cuales se les ha denominado como *Las doce Tablas de la Equidad* (Entrena Klett, 1990, pág. 223):

La Equity no tolera agravio sin reparación – La Equity actúa in personam – la Equity sigue la ley – La Equity prescinde de las formas para tomar en consideración preferente la naturaleza de las relaciones – La Equity presume realizado aquello que debe tener futura realización – La Equity supone siempre la intención de cumplir lo pactado – La igualdad, es en principio, Equidad – La Equity protege al diligente, no a quien descuida su derecho – El que pide un fallo en Equity no debe estar incurso en dolo o mala fe – El que solicita Equity debe proceder con Equidad – Si la resolución en Equity es por igual favorable a las dos partes, se confía la solución al Derecho estricto – Cuando la Equity favorece por igual a las dos partes prevalece el derecho de quien es anterior en el tiempo.

Lo que estos principios reflejan es que este tribunal tuvo una función claramente moderadora frente a la rigidez de la ley y de los tribunales de la *Common Law*; intentó ser un remedio frente a la rigidez de la ley, sus defensores sostuvieron en aquel momento que, como la vida es cambiante, con una dinámica enorme, el Derecho debe ajustarse a ella y ser también cambiante y dinámico, lo cual se asegura mucho mejor desde ese sistema que desde el legislado y codificado. Sin embargo sus contradictores no dejaron de expresar su inconformidad sobre todo con el argumento de que al amparo de la actualización y la dinamización del Derecho se quiebra su seguridad, su estabilidad indispensable y, quizás también, su esencial justicia.

Sin embargo y con el pasar del tiempo, se le fue imponiendo a este tribunal la obligatoriedad de adoptar el precedente judicial, lo cual dio origen a lo que se denominó la ‘jurisprudencia en equidad’. Esto complejizó la tarea de este tribunal, que terminó por tecnificarse y especializarse lo que obligó la intervención, necesariamente, de abogados. Estos dos tribunales subsistieron, como tales, hasta finales del S. XIX, después de lo cual y a través de una ley del Parlamento se unificaron estos dos tribunales, es decir, el de la *Common Law* y el de la Cancillería. De esta manera se le puso fin al Tribunal de la equidad en Inglaterra. Es de anotar que en Inglaterra cuando se hablaba de jurisdicción de equidad se pensaba en que sus decisiones, desde luego, tendrían un viso de mayor justicia ya que las decisiones según un precedente, tenía un carácter más formal y que, por lo tanto, lo alejaban de la posibilidad de aplicar justicia.

## **5. De la *ratio* al imperio de la Ley**

S. XVII y XVIII surgimiento de los estados nacionalistas y crecimiento del concepto de soberanía nacional; cada estado se dio a la tarea de ‘repcionar’, en sendos códigos, sus normas ya sea que estas provinieran del *ius commune*, del *ius civile*, o por qué no, del *ius canonici*, como un medio para la creación de un derecho uniforme. En general lo que se proponían era la actualización de las normas para que respondieran de manera más acertada a las necesidades del momento.

Siglo de la ilustración, siglos de revoluciones, la francesa la estadounidense, el *risorgimento* italiano, la sucesión de guerras para liberar a América Latina y que, en últimas, terminan por formalizar un ‘Derecho Natural Secular’; las declaraciones de Independencia y de Derechos del Hombre y del Ciudadano, ayudan a que germine una nueva concepción del hombre. Finalmente la división de poderes que según la ilustración, se dio con la finalidad de proteger al hombre de otros hombres y presentada a la humanidad como el gran adelanto en materia de derechos de la época, buscó en últimas la no intromisión de los jueces frente a las decisiones de los gobernantes, convirtiéndolos en meros ‘funcionarios’ públicos y, de esta manera, se terminó por favorecer a una sólida aristocracia que aún continuaba ligada al poder de la tierra.

Con el surgimiento del humanismo que sustituye la omnipresencia de lo religioso por el aumento y la afirmación de los valores del mundo y del ser humano, se abren las puertas hacia el desarrollo de las ciencias y del libre pensamiento gracias al *renacimiento* en el hombre de una profunda inquietud intelectual. El humanismo interpela los juristas de su tiempo a tener una actitud crítica frente al estudio de las fuentes del Derecho.

En Alemania nace un fuerte movimiento de rechazo al C.I.C. minimizando su utilidad volviendo inexorablemente al Derecho Natural, que cada vez adquiere unas características más abstractas, convirtiéndolo en una serie de deducciones lógicas que arrancan de la naturaleza racional y social del hombre; los más importantes exponentes fueron Christian Thomasius (1655-1728) y Christian Wolff (1679-1754), quien desarrolla su teoría del derecho natural en una línea del racionalismo dogmático, estableciendo una correlación entre derecho y deber, este teórico consideró que el hombre tiene deberes incuestionables, hacia sí mismo, hacia la sociedad y hacia Dios (Wolff, 2011), según Wolff *era obligación del gobernante guiar a sus súbditos hacia una vida perfecta y racional, en la que serían tan buenos individuos como buenos ciudadanos* (Stein, 1999,

pág. 156). Cuando Federico el Grande, quien tenía en gran aprecio a Wolff, sucedió a su padre decidió disponer de un código escrito en alemán, basado en *la razón natural y el carácter del pueblo* (Stein, 1999, pág. 156).

A estas teorías alemanas le surge un contradictor en Francia: Montesquieu (1689-1755) en su obra *De l'esprit des lois*, publicada en 1748.

Montesquieu cuestiona la forma racionalista y abstracta del Derecho Natural, en la que los elementos romanos habían sido en gran medida excluidos (...). Las leyes son “relaciones necesarias procedentes de la naturaleza de las cosas” y las leyes humanas son el resultado de la aplicación de la razón. Señala, sin embargo, que la naturaleza de las cosas a las que debe ser aplicada la razón, difiere de una a otra sociedad. Las leyes no pueden ser universales pues dependen del clima, la economía, las tradiciones, las costumbres, la religión y el resto de los factores dominantes en una sociedad. El conjunto de estos factores forman el “espíritu de las leyes” de cada sociedad que el legislador ignora peligrosamente (Stein, 1999, págs. 154-155).

Mientras que en Alemania, el movimiento se daba hacia un *ius commune*, en Francia este movimiento, se dirigió indefectiblemente hacia el *ius civiles* con Pothier (1699-1772), quien recupera prácticamente todas las institutas de Justiniano y organiza un código que sería la base para todos aquellos códigos de tradición romana.

Surge en Alemania otra escuela denominada ‘Pandectística’ (S. XIX), quienes vieron al derecho como una suerte de matemáticas jurídica, analizan los textos del Derecho romano siguiendo el método de la dogmática jurídica, es decir, buscando la extracción de principios así como la deducción de conceptos nuevos. El máximo defensor de esta escuela fue Savigny (1779-1861) quien intentó usar los conceptos científicos derivados de la escuela pandectística para solucionar los problemas contemporáneos. Rudolf von Ihering (1818-1892), en su libro *El espíritu de la Ley*, niega la aspiración de esta escuela puesto que para él:

La vida no existe por los conceptos sino los conceptos por la vida. No es la lógica la que permite que exista sino que es demandada por la vida, por las relaciones sociales, por el sentido de la justicia – la necesidad lógica o la imposibilidad lógica son irrelevantes (Stein, 1999, págs. 169-170).

Pero quien hace referencia directa a la equidad y de una manera negativa es Kant Convirtiéndose de esta manera la ciencia jurídica alemana en el pensamiento jurídico

dominante en Europa, aun cuando fue el Código Civil francés que se constituyó como modelo de las codificaciones europeas.

Al otro lado del continente, surgen nuevas miradas acerca del derecho, especialmente con Sir Henry S. Maine (1822-1888), quien en su *Tratado de derecho antiguo*, hace una alegoría de Savigny acerca del desarrollo histórico del derecho frente a los cambios que se dan en él a través del recurrir de los tiempos, encontrando ciertos mecanismos de cambio jurídico que

(...) incluyen la adopción de ficciones para producir nuevas situaciones dentro de las categorías establecidas y la introducción de la equidad para modificar la rigidez del Derecho tradicional, a través de los remedios del Pretor romano (Stein, 1999, pág. 177).

La equidad toma un nuevo rumbo, la modernidad la dirige hacia el concepto de ‘interpretación jurídica’. Se comienza por decir, de manera sinuosa y según Claude La Croix (1652-1714), que la equidad es *una interpretación restrictiva de la ley, de acuerdo con la presunta voluntad benigna del legislador* (ALCAZAR, 2014), o según Alfonso M. de Ligorio (1696-1787), que *la epiqueya es una presunción, al menos probable, de que el legislador no ha querido obligar en tal circunstancia* (ALCAZAR, 2014) y a continuación y como consecuencia directa de lo dicho con anterioridad, se debe intentar según Giuseppe D’Annibale (1815-1892), *limitar lo más posible la utilización de la equidad, evitando de esta manera ‘caer en el laxismo’* (ALCAZAR, 2014). El *humanismo* de la ilustración que rápidamente desborda en un individualismo exacerbado, puso de manifiesto cómo una epiqueya, concebida en un mundo greco-romano, no tenía ya más cabida en esta nueva civilización europea. *Tras el siglo de las Luces, vendría por tanto el de la velocidad de la luz, y luego el de la luz de la velocidad* (Reale, 2005, pág. XVIII).

Nace en Europa una nueva escuela filosófica denominada ‘positivismo’ la que afirma que el único conocimiento auténtico es el conocimiento científico, y que tal conocimiento solamente puede surgir de la afirmación de las teorías a través del método científico. El positivismo surge en Francia a inicios del siglo XIX y sus más elocuentes representantes fueron los pensadores franceses Saint-Simon (1760-1825) y Augusto Comte (1798-1857), con el británico John Stuart Mill (1806-1873). Se abre paso el monismo metodológico, según el cual el mismo método debe aplicarse a todas las

ciencias, convirtiendo la razón en un medio para otros fines (razón instrumental). De esta manera se da inicio al desprecio de todo aquello que no pueden percibirse de manera objetiva, se exaltan los hechos frente a las ideas; se enfatiza en las ciencias experimentales frente a las teóricas y se termina privilegiando las leyes físicas frente a las construcciones filosóficas. Según esta escuela, todas las actividades filosóficas y científicas deben efectuarse únicamente en el marco del análisis de los hechos reales verificados por la experiencia. Es así como, el derecho termina convirtiéndose en ciencia, de ahora en adelante se ha de proceder como se procede con otras disciplinas científicas, concretamente cuando se actúa de una manera lógica, de lo universal a lo particular. Inicia, entonces, un análisis del derecho como derecho privado y derecho público; como derecho objetivo y derecho subjetivo; como derecho sustantivo y derecho procesal... Se hizo efectiva, en definitiva, la definición de derecho de Justiniano: *suum cuique tribure*.

En sintonía con la ‘filosofía de la Ilustración’, el hombre, hijo de la ‘revolución’ de la ciencia y de la técnica, tiende de forma indiscriminada al ‘progreso’ y al ‘futuro’ (Reale, 2005, pág. XX).

Con el de correr del tiempo el positivismo se fragmenta en diferentes corrientes, entre ellas la corriente denominada ‘positivismo jurídico’ o ‘iuspositivismo’, en la que nos detenemos sólo y en razón de nuestro estudio, es decir corriente que ve el derecho como una auténtica creación del ser humano. Uno de sus mayores exponentes fue Hans Kelsen (1881-1973), quien en su obra *Teoría pura del derecho* sostiene que... *el derecho dirige su visual a las normas jurídicas, no a hechos reales, es decir, no al querer, o a la representación de la norma jurídica, sino a las normas jurídicas como contenidos significativos*, (Kelsen, 1997, pág. 122) según lo cual el derecho es un fenómeno autónomo de cualquier hecho o ley positiva, excluyendo de esta manera la idea de un derecho natural.

Con la entrada en vigor del Código civil alemán de 1900, el Derecho romano dejó de ser aplicable, incluso de una forma moderna, las facultades de derecho se niegan a estudiarlo; pasó a la historia no como referencia, sino, como algo alejado de la sociedad moderna. Se pretendía que el Derecho sólo respondiera a las necesidades del momento. A la mitad del S.XX, inicia un lento retorno al D. Romano, especialmente en Alemania e Italia. Y es así como podemos retomar lo dicho por Stein,... *el Derecho romano ha sobrevivido a todos los cambios impuestos sobre él, inclusive a los que pensaron que el*

*Derecho sólo podía sobrevivir en la medida en que respondiera a las necesidades actuales* (Stein, 1999, pág. 182).

Otro de sus exponentes fue Norberto Bobbio (1909-2004), quien consideró que el positivismo jurídico era algo más que un método y que se caracterizaba por la idea de la supremacía del derecho producido por el Estado, defendiendo un positivismo jurídico excesivo calificado como *El dogma de la integridad*, es decir, *el principio que afirma que el ordenamiento jurídico debe ser completo para que todo caso pueda ofrecer al Juez una solución sin tener que recurrir a la equidad* (Bobbio N. , 1987, pág. 211), concluyendo, entonces, que el derecho positivo es justo por el sólo hecho de ser derecho positivo (Bobbio N. , 1961, pág. 312). De la misma manera para Alf Ross (1899-1979), existen dos clases de derechos uno que *es* y otro que *debe ser*, considerando al derecho desde una concepción imperativa, y que a su vez está constituido por normas que se imponen por medio de la fuerza, a través de unos jueces, que sólo poseen la función de aplicar el derecho bajo la idea de que el ordenamiento jurídico debe ser obedecido, negando, de manera rotunda, la existencia de un derecho natural como un derecho superior al derecho positivo.

En el S XX se presenta un nuevo movimiento que tomó gran fuerza e influyó profundamente la filosofía y el derecho: la hermenéutica. En su momento Gianni Vattimo (1936) dijo acerca de la hermenéutica que es la filosofía de los nuevos tiempos y lo que la guía, fundamentalmente, es la insistencia en la capacidad de comprensión como esencia y almendrán constituyente de lo humano. Para parafrasearlo es la “koiné” de la sociedad contemporánea. Esta comprensión compagina bien con el *ethos* o los principios, al menos regulativos, de la sociedad democrática como lo son: la equidad, la alteridad, el diálogo, el compromiso, el principio de la diversidad y pluralidad, el acento en la naturaleza histórica y lingüística de nuestra experiencia de mundo, sólo por nombrar algunos. Muchos son los autores que han desarrollado concepciones hermenéuticas y sus propuestas, múltiples y pluralistas, están orientadas por una determinada representación del mundo y de su propia manera de comprender y acceder a la realidad.

Hans-Georg Gadamer (1900-2002), discípulo de Heidegger, nos ofrece una ampliación de la noción de verdad que nos permitirá, más adelante, hacer justicia al modo de conocer de las ciencias del espíritu (Grondin, 2008, pág. 74). De manera especial



nos atrae la forma como nos aproxima a una *conciencia histórica* en aras de adquirir un *bien mayor* al realizar una interpretación objetiva del pasado. Para Gadamer se debe reconocer que toda comprensión se inscribe en *un trabajo de la historia*.

## 6. Lo que hemos heredado

Todos estos autores provenientes de Europa, provistos de una clara consciencia de ser portadores de ‘civilización’, que con sus teorías y que por generaciones nos han impuesto unos valores, valores que hemos considerado portadores de humanismo y por lo tanto innegables como son la igualdad de los seres humanos y el respeto por la razón (Reale, 2005, págs. XV-XX) y, a su vez, como conquistadores de ‘otros mundos’, lograron modificar, en los pueblos a donde llegaron, su ‘cosmovisión’, pero, y sin embargo, quienes difícilmente han logrado encuadrarse, de manera pacífica, en una ‘razón europea’, razón que al final hemos terminado por ‘divinizar’ y que ha convertido a la persona en ‘individuo’; individuo que se ha rendido a la ciencia, a la técnica y a lo que produce.

El resultado? hemos acabado, entonces, por entrar en un engranaje ajeno a nuestra propia idiosincrasia, hemos sacrificado nuestra libertad por la seguridad de no ser afectados en el ‘derecho a la vida’, ‘la integridad’, ‘la libertad’ y la ‘propiedad’, sometiéndonos a unas ‘normas’, que ágilmente hemos ‘trasplantado’ de otras realidades, pero que con el tiempo se han demostrado incapaces de garantizar, de manera adecuada, la defensa de los derechos de la persona, ni frente a otros hombres (en un sistema social y económico que privilegia una clara desigualdad), ni frente a la prepotencia del Estado, el cual no duda en oprimir sus ciudadanos mediante las facultades coercitivas que le ha otorgado la propia colectividad y es así como la sabiduría de los estudiosos lo ha expresado: *si el derecho público nace históricamente de la lucha por la reivindicación de derechos del pueblo, esta lucha aún no ha terminado*.

Todo esto se ha visto cristalizado en unas *fuentes* del derecho que hemos adoptado, entendiendo como fuentes *aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas* (Bobbio N. , 1987, pág. 158); sin embargo y a pesar de la etimología del término que entiende la *fuentes* como el principio u origen de una cosa, el lugar donde nace o se produce algo, el principio, el

fundamento, el origen, la causa o la explicación de una norma y que estos hechos que les dan origen, llevan explícitas las manifestaciones de la voluntad humana, los usos o prácticas sociales propias que las generan, es entonces que podemos concluir cómo nuestras fuentes se encuentran definidas por otras experiencias y por otras voluntades...

Ciertamente la historia del derecho romano y, en general, la de los derechos occidentales está estrechamente vinculada a sus fuentes de creación, pues de ellas deriva el fundamento del carácter vinculante de sus disposiciones, lo que, sin embargo, para nosotros ha sido una clara imposición en su categorización y que a pesar de ello hemos adoptado de manera pacífica, es decir, la de *fuentes formales* como procesos de creación de las normas jurídicas (García Maynes, 1999, pág. 51), de ahí el constante choque entre la 'norma' y la realidad que nos aqueja y su inevitable desequilibrio con otras fuentes como lo son las '*históricas*', dando como resultado dos contextos jurídicos: uno que responde a un Estado nacional y otro que ni corresponde, ni responde a una realidad propia (Lopez Medina, 2009, págs. 22-61). Aun cuando Norberto Bobbio lo haya analizado en los siguientes términos:

Lo que interesa resaltar en una teoría del ordenamiento jurídico no es tanto cuántas y cuáles sean las fuentes del derecho en un ordenamiento jurídico moderno, como el hecho de que, en el mismo momento en el cual se reconocen que existen actos o hechos de los cuales se hace depender la producción de normas jurídicas (precisamente las fuentes del derecho), se reconoce que el ordenamiento jurídico más allá de regular el comportamiento de las personas, regula también el modo como se debe producir la regla (Bobbio N. , 1987, págs. 158-159).

Según, esta categorización de las fuentes, entendemos como en la *nueva* Constitución colombiana de 1991, en su art. 230 continúe enfatizando: *Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*

El derecho colombiano se rinde, de esta manera, bajo una única fuente como lo es la *formal*, que prescribe de manera general, impersonal, y abstracta las normas a las que estamos sometidos, con la íntima certeza de que son ellas las que nos conducirán por los

caminos que implican la protección del ‘derecho a la vida’, ‘la integridad’, ‘la libertad’ y la ‘propiedad’, como ya lo hemos anotado.

Y consuma lo anteriormente dicho con el art. 228, cuando ratifica que la función de la Rama Judicial es la de *administrar Justicia* y define la Administración de Justicia como: *la función de declarar o decir el derecho con fuerza de verdad legal definitiva, irrevocable e imperativa, función a cargo de los órganos que integran la rama judicial del poder público.*

De esta manera la equidad termina en el cajón de los *criterios auxiliares* (fuente no formal del derecho) de unos *administradores* de justicia: el derecho subjetivo supeditado al derecho objetivo. Tanto en la antigua como en la nueva Constitución y a pesar de los derechos fundamentales, administrar justicia se hace a partir de las fuentes formales del derecho.

## **7. La legislación colombiana**

El artículo 1 de la Constitución Nacional, establece el tipo de Estado que es Colombia. Y de manera textual el artículo reza:

Art. 1.- Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

El estado social de derecho, que es un estado de tipo democrático, se caracteriza por tener en las leyes su asidero fundamental, es decir, que el Estado se sujeta a su propia normatividad; normatividad con un claro corte individualista, como lo es la férrea protección a la propiedad privada, pero que en su trasfondo intentan garantizar unos derechos fundamentales reconocidos a través de la Constitución Política, que a su vez está orientada por unos principios como son la democracia, la participación y el pluralismo. Además, se le suma la existencia de una función social, que está determinada por una fuerte labor interventora del Estado, a todos los niveles, pero fundamentalmente en el orden económico.

Históricamente la legislación Colombiana tuvo en cuenta el concepto de *equidad*, aun cuando de manera ideal, al calificar las leyes de ‘sabias’, dentro de su ordenamiento jurídico. Es así como en la 1ª Constitución de Cúcuta o Constitución de la Gran Colombiana de 1821, en su artículo 3º estableció:

Art. 3º.- Es un deber de la Nación proteger, por leyes sabias y equitativas, la Libertad, la Seguridad, la Propiedad y la igualdad de todos los colombianos.

Y añadía en su artículo 171 que se debe tomar en cuenta subsidiariamente el *fundamento aplicable al caso*, entendido éste como el concepto de equidad desarrollado al margen del marco riguroso de la Ley:

Art. 171.- Todo Juez o Tribunal debe pronunciar sus sentencias con expresión de la Ley, o fundamento aplicable al caso.

Lo anteriormente anotado da un viraje completo a la teoría del derecho colombiano, con la Ley 153 de 1887, que en su art. 8º, reza textualmente:

Art. 8.- Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

Como reglas generales de derecho, recogidas por un sistema constitucional, se han recogido, tradicionalmente, las fuentes del derecho privado como son: el abuso del derecho, la buena fe, la teoría de imprevisión y la equidad.

La Constitución de 1991, en su art. 230, vuelve a retomar el concepto de equidad pero sólo en calidad de ‘criterio auxiliar’:

Art. 230.- Los Jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la Ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales de derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

La equidad se trata en este artículo de manera independiente a los ‘principios’ generales del derecho. Sin embargo, el hecho de que se haya dejado como un simple criterio auxiliar, genera muchas dudas en su aplicabilidad, teniendo en cuenta que en Colombia en materia de actuación de los jueces frente a las normas, ha prevalecido siempre un criterio positivista, más aun cuando se ha aseverado que la jurisprudencia

emitida por el juez constitucional, aparece como nueva fuente fundamental la jurisprudencia, generando de esta manera nuevas reglas de interpretación normativa.

Al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. Como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. Si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 (Sentencia C-083 de 1995 M. P. Carlos Gaviria Díaz).

Se deja claro que la jurisprudencia no constituye un *criterio obligatorio*, sino una pauta auxiliar y se pregunta, seguidamente, si en términos *hartianos* una regla general de derecho se puede identificar *como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento*. Se parte de la tesis de que lo que le corresponde al operador jurídico es dictar sentencia en los casos que se presenten ante su despacho, el juez no se puede substraer a esta obligación, salvo excepciones expresas, la administración de justicia es una función constitucional.

...¿A qué alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión principios generales del derecho en el contexto del artículo 230 de la Carta del 91? Si el juez tiene siempre que fallar (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y en el Estado de derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión? No hay duda de que la situación descrita, por vía de hipótesis, es una situación límite, nada frecuente, pero demandante de una previsión del propio ordenamiento. El nuestro, lo autoriza a recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente V.gr.: el derecho natural, la equidad, los "principios generales del derecho", expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles

a la Constitución. Ahora bien: cuando se trata no de integrar el ordenamiento sino de optar por una entre varias interpretaciones posibles de una norma que se juzga aplicable, entran a jugar un importante rol las fuentes jurídicas permisivas en el sentido de que no es obligatorio para el juez observar las pautas que de ellas se desprenden (Sentencia C-083 de 1995 M. P. Carlos Gaviria Díaz).

#### El juez debe en palabras de Kant

... [hacer] un uso correcto de la razón pura, caso en el que tiene que haber un canon de la misma, éste no se referirá a un uso especulativo de la razón, sino que será un canon de su uso práctico [...] Práctico es todo lo que es posible mediante la libertad. Pero si las condiciones del ejercicio de nuestra voluntad son empíricas, la razón no puede tener a este respecto más que un uso regulador, ni servir más que para llevar a cabo la unidad de las leyes empíricas (Kant, 2005, pág. 627).

Ya que lo que nos aportó la ilustración fue un uso especulativo de la razón y de esta manera realizamos todas nuestras prácticas lingüísticas. De manera más concreta Perelman sostiene que los contenidos de la argumentación corresponden a las proposiciones admitidas por los oyentes. La cultura se hace propietaria del contenido significativo de las palabras y de los conceptos (Perelman, 2006, págs. 179-180).

Y es por esto que en la Sentencia objeto de estudio termina realizando un categórico pronunciamiento: *Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución.*

Es verdad que el constituyente Veláscos Guerrero, en la Comisión de Reforma a la Justicia, en su momento aseveró, ... *La Justicia implica equidad y al aplicar la ley sin ésta, se estará actuando injustamente* (Gaceta Constitucional N° 265). Por esto se recomendaba que los jueces en sus decisiones deberían consultar el principio de equidad. Sin embargo, nada de esto se hizo realidad en la Nueva Constitución. La equidad terminó siendo relegada, pero ni siquiera a un principio, enviándola al escaparate de los ‘criterios auxiliares’ como se estableció en el art. 230 de la Constitución Nacional.

No nos queda más remedio que decir con Bobbio:

Imaginemos la hipótesis de un ordenamiento en el que la Constitución establece que en todos los casos el juez debe juzgar según la equidad. Se llaman "juicios de equidad" aquellos en los cuales el juez está autorizado para resolver una controversia sin recurrir a una norma legal preestablecida. El juicio de equidad puede definirse como la autorización que tiene el juez para producir derecho más

allá de todo límite material impuesto por las normas superiores. En nuestros ordenamientos en los que el poder creador del juez es más amplio, el juicio de equidad es no obstante excepcional. En estos casos los límites materiales al poder normativo del juez no derivan de la ley escrita, pero sí de otras fuentes superiores, como pueden ser la costumbre o bien el precedente judicial (Bobbio N. , 1987, pág. 67).

### **8. La posibilidad jurídica de tomar decisiones *en equidad***

Lo más cercano que tenemos a ellas es la ‘conciliación en equidad’ y el ‘arbitraje en equidad’. La Conciliación como un mecanismo en la solución de conflictos tiene sus orígenes en el S. XIX con la Ley 13 de 1825 donde se buscaba arreglar los conflictos surgidos entre las partes, a través de acuerdos entre las mismas y sin la necesidad de recurrir al sistema legislativo, acudiendo a otro tipo de autoridades como el alcalde o a las autoridades parroquiales. Posteriormente con la Ley 14 de 1934 se fijó la conciliación, ante un juez denominado de paz, antes de dar inicio al proceso, siempre y cuando las partes fueran capaces y el objeto fuera susceptible de transacción. La Ley 446 de 1998 en su artículo 166 facultó al Gobierno Nacional para compilar todas las normas aplicables a la conciliación, al arbitraje, a la amigable composición y a la conciliación en equidad y para este efecto con el Decreto 1818 de 1998 se expidió el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, que es el que se encuentra actualmente vigente.

El título X del Estatuto trata acerca de la ‘Conciliación en equidad’, y que en su art. 86 reza textualmente:

Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Jurisdicción Ordinaria de las ciudades sede de éstos y los jueces primeros del mayor nivel jerárquico en los demás municipios del país, elegirán conciliadores en equidad de listas que presenten para su consideración las organizaciones cívicas de los correspondientes barrios, corregimientos y veredas que la conforman.

La selección de los candidatos se hará con la colaboración de la Dirección General de Prevención y conciliación del Ministerio de Justicia y del Derecho y deberá atender a un proceso de formación de aquellas comunidades que propongan la elección de estos conciliadores. (Artículo 106 de la Ley 446 de 1998 que modifica el inciso segundo del artículo 82 de la Ley 23 de 1991).

En los artículos subsiguientes trata sobre la gratuidad en la conciliación, la calidad de las personas que sean *elegidas*, la formación que se les debe dar, motivos de la

suspensión de los conciliadores en sus cargos, pero sobre todo la materia en la cual pueden actuar:

Artículo 89. Los conciliadores en equidad podrán actuar en todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento o conciliación. (Artículo 85 Ley 23 de 1991).

En su art. 90 establece que el *procedimiento para la conciliación en equidad deberá regirse por principios de informalidad y celeridad...* y el resultado de dicho procedimiento será la elaboración de un acta en la cual conste el acuerdo. *Esta acta tendrá carácter de cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo en lo que haya sido objeto de conciliación* (art. 91) de lo cual podemos inferir que el conciliador obra con discrecionalidad y que a través de un juicio de valor decide en *equidad*, para el caso concreto, que está en conflicto.

La segunda parte del mismo Estatuto, Título I, define el arbitraje en su art 115:

Artículo 115. *Definición y modalidades.* El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.

El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente.

En este evento el árbitro deberá ser abogado inscrito. El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico.

Parágrafo. En la cláusula compromisoria o en el compromiso, las partes indicarán el tipo de arbitraje. Si nada se estipula, el fallo será en derecho.

(Artículo 111 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989).

El arbitraje está definido por este artículo de una manera mucho más solemne que lo que se hace con la conciliación en equidad es, de la misma manera, un mecanismo extrajudicial en la solución de conflictos, lo trata el art. 116 de la Constitución Nacional, y que a su vez fue modificado por el art. 1, del Acto Legislativo N° 03 de 2002, donde en el primer párrafo se ratifica la competencia exclusiva de los órganos que por una



práctica común han administrado justicia, en un sistema de tradición jurídico-romana, como lo es el nuestro, integrándolos a aquellos que adicionó la Constitución del 91: *La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.* Y concluye diciendo lacónicamente: *El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.*

Agregando en el inciso 4to:

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

El proceso arbitral, con anterioridad a la ya nombrada reforma legislativa, estuvo regulado por el Código de Procedimiento Civil, en el libro tercero, Título XXXIII, así como en el Código de Comercio en el Libro VI, título III y que a su vez fue derogada por el Decreto 2279 de 1989 y que tuvo varias modificaciones gracias a la Ley 23 de 1991, posteriormente la Ley 446 de 1998, no sólo modificó el Decreto sino e igualmente la Ley, nombradas con antelación, para finalmente expedir el *Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, Decreto 1818 de 1998.

La definición que comúnmente encontramos de arbitraje lo determina como un mecanismo que poseen las partes, en conflicto, con carácter transigible y que implica por parte de los mismos la capacidad de renunciar al litigio, previamente determinado por la misma ley, que tendrá su sede en un Tribunal denominado arbitral y que decide sobre el conflicto. Los particulares, revestidos de potestad de manera transitoria, están facultados para tomar decisiones que se denominan '*laudos arbitrales*'. Del arbitraje se dice que, igualmente, puede ser en derecho, en equidad o técnico, según este Estatuto la equidad es resolver según el sentido común.

Lo dicho en el Estatuto ya había sido tratado por la Corte Constitucional a través del Magistrado Ponente Alejandro Caballero Martínez quien, en su momento expresó que en Colombia ejercen igualmente la función jurisdiccional los siguientes órganos, diferentes a los judiciales:

c) Los particulares, quienes pueden ser investidos transitoriamente de esta función en la única condición de conciliadores o árbitros, habilitados por las partes. Esta facultad otorgada a los particulares tiene entre otras las siguientes características: es esencialmente ocasional o transitoria; es voluntaria por cuanto son las partes quienes habilitan al particular para resolver la controversia; y sólo puede hacerse en la calidad de conciliador o de árbitro, manifestándose en fallos en derecho o en equidad (Sentencia de la Corte Constitucional, c-226 de 1993. M. P. Alejandro Caballero Martínez).

El artículo 116 del Estatuto establece las clases de arbitraje como son el independiente, el institucional o el legal, de igual manera se establece en el art. 117 que el pacto arbitral debe estar precedido por una cláusula compromisoria y el compromiso por el que las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral. El artículo 1o. del Decreto 2279 de 1989 señala las condiciones previas para acceder al arbitramento, como lo es que la materia sea susceptible de transacción, ya que sólo se puede transigir sobre aquello que se puede disponer; pero sobre todo el arbitramento sólo se dirige a conflictos de intereses que se refieren a bienes o derechos patrimoniales de que puedan disponer las partes libremente.

El magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz en sentencia de la Corte Constitucional c-330 de 2000, afirma que la institución arbitral en nuestro ordenamiento tiene el carácter de proceso y que por lo tanto es una garantía en la preservación de los derechos de las partes enfrentadas, la cual al igual que en cualquier proceso tiene una serie de etapas, donde se les permite a las partes argumentar y de esta manera defender sus posiciones, así como una etapa para la valoración de la pruebas, el árbitro, cumple con una función de investigación sobre las probables causas que han generado una situación de conflicto entre las partes y que finalmente lo llevarán a tomar una decisión, que en últimas cumple con una función de sentencia, su conducta procesal es primordialmente investigativa de las causas y orígenes de la relación conflictiva entre las partes. Esta figura procesal en nuestro ordenamiento jurídico, confiere a los árbitros, el igual que a los jueces, la solución de contenciosos, en concordancia con la constitución y la ley.

Y acorde con nuestras fuentes, el Magistrado armoniza el contenido del art. 116 de la Constitución, con lo que se dice respecto al arbitraje:

El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial –en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas

que regulan este tipo de actuación tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada le sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales (2000)

Sin embargo y contrario a lo que sucede con la Conciliación no existe una clara alusión en lo que concierne al arbitraje en equidad, pero que según a lo dicho en general podemos inferir que el árbitro en su obrar discrecional, se le permite, en últimas, formarse un juicio de valor fundado en la apreciación racional y ponderada de los hechos. La decisión en equidad exigiría por lo tanto que el árbitro asuma un papel diferente al de juzgador, su papel sería del que indaga por una solución que, con recto criterio, componga y allane la relación jurídica de contradicción que se presenta entre las partes, en este sentido podríamos interpretar la equidad como algo que trasciende la justicia meramente legal, sería la necesaria consideración de las circunstancias de tiempo, lugar y persona frente a un determinado conflicto de intereses o frente a una inevitable reclamación. Pero esto no pasa de una mera pretensión, lo cierto es que al igual que el arbitraje en derecho, el arbitraje en equidad no pretende ser un mecanismo alterno de solución de conflictos extrajudicial, sino, estrictamente judiciales, por lo tanto en nuestro Derecho estos mecanismos de reclamación no son más que letra muerta, tanto la conciliación en equidad, que surgió con la Ley 13 de 1825, como el arbitraje en equidad, desde la Constitución del 91, no han conseguido un auténtico desarrollo.

Parafraseando a María Isabel Garrido Gómez la equidad garantizaría, la desventaja, la imposibilidad que se presenten exenciones o privilegios fundamentados, permitiría el abuso del poder, favorecería la arbitrariedad en las decisiones y que pueda haber certeza en la definición de las libertades y en el ejercicio de los derechos (Garrido Gómez, 2002, pág. 45). Es decir su aplicación iría frontalmente en desacuerdo con los derechos constitucionales fundamentales.

Mientras que la nueva Constitución colombiana prácticamente anula la posibilidad en la aplicación de la equidad, como fuente formal del derecho; y, al dejarla como un simple criterio auxiliar, sólo permite que la equidad ‘ayude’ en el discernimiento de las decisiones que el juez debe tomar. Sin embargo, y al mismo tiempo, reconoce que

los Derechos Fundamentales tienen un claro propósito como es el de evitar la desigualdad y que se atente contra la dignidad y los derechos humanos, por esto ante la posibilidad de fallas en el servicio de la propia jurisdicción, la misma Constitución establece en sus arts. 226 y 227 que en ejercicio de su soberanía el Estado tiene la facultad de ratificar Tratados Internacionales con el objeto de proteger los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción, generando así medios eficaces para el cumplimiento de dichos convenios y reconoce la competencia de tribunales internacionales, donde se evidencia la amplia aceptación, de un principio de equidad.

En Colombia, estas decisiones tomadas *ex aequo et bono* no existen.

Para los Tribunales Internacionales las decisiones *ex aequo et bono*, cuyo significado se acepta, a este nivel, como lo que es justo y equitativo o lo que está de acuerdo a la equidad y la buena conciencia y que ha trascendido como una fiable práctica jurídica, es el hecho de que quien esté facultado para tomar decisiones en un sistema jurídico y que a su vez este facultado para tomar decisiones *ex aequo et bono*, no está obligado por las normas jurídicas y por lo tanto puede ceñirse a decisiones cuyo sustento es el de tener en cuenta lo que es justo y equitativo.

La práctica que ha trascendido en el tiempo y en el espacio, es la de que en la mayoría de los sistemas judiciales se debe decidir con base a la aplicación estricta de la ley. Por ejemplo, en la esfera civil, un contrato será ejecutada por el sistema jurídico no importa lo injusto que pueda resultar; o de la misma manera en el ámbito penal, en el caso de una persona marginada socialmente y a quien, sin embargo, se le aplican las normas penales sin ningún miramiento, cuando muchas consideraciones nos pueden llevar a considerar que ha sido el mismo Estado quien ha propiciado conductas consideradas como punibles y, así, en diferentes terrenos tocados por el derecho, como es el laboral o el público-administrativo.

Pero en el derecho internacional ha venido tomando fuerza el hecho que determinados tipos de asuntos puedan ser resueltos, y si las partes así lo acuerdan, bajo los principios de equidad, y no por cuestiones de derecho, es decir, en el caso en el que se resuelva por la aplicación de una decisión *ex aequo et bono*, se anula la aplicación

estricta de la ley y se exige una decisión basada en lo que es justo y equitativo en las circunstancias actuales.

El artículo 33 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Reglamento de Arbitraje (1976) establece que el tribunal arbitral deberá decidir cómo *ex aequo et bono* si las partes han autorizado expresamente el tribunal arbitral para hacerlo y si el derecho aplicable al procedimiento arbitral permite este tipo de arbitraje.

Entre los Tratados Internacionales que Colombia ha ratificado encontramos el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, que en su artículo 38.2, dispone textualmente: *La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.*

De igual manera el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI; en inglés, UNCITRAL), artículo 33.2 de 1976, dispone lo siguiente: *El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor (ex aequo et bono) sólo si las partes lo han autorizado expresamente para ello y si la ley aplicable al procedimiento arbitral permite este tipo de arbitraje."*

El Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, Art. 22, literal ch, suscrito el 15 de diciembre de 1995, establece en sus competencias la de: *Conocer y fallar, si así lo decide, como árbitro, de los asuntos en que las partes la hubieren solicitado como Tribunal competente. También podrá decidir, conocer y resolver un litigio ex aequo et bono, si los interesados, lo convienen.*

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es un organismo público internacional creado mediante el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el Convenio), tratado multilateral celebrado en 1965 en su Artículo 42.1- dispone que:

El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. Las partes tienen plena libertad para convenir en la aplicación de las normas de derecho que deseen, que pueden consistir en la ley de un Estado, el derecho internacional, una combinación de derecho nacional e

internacional o la legislación vigente en determinado momento o con sujeción a algunas modificaciones

Y específicamente en su art. 42.3 establece:

El Tribunal podrá decidir la diferencia *ex aequo et bono* si las partes así lo convinieren. Si éstas quisieran dar al Tribunal la facultad de decidir la diferencia de esa manera, podrán utilizar una cláusula como la siguiente:

Cláusula 11: Cualquier Tribunal de Arbitraje constituido de conformidad con este acuerdo tendrá la facultad de decidir la diferencia *ex aequo et bono*.

De igual modo, y a manera de información, encontramos una infinidad de decisiones tomadas en los tribunales europeos donde prevalecen decisiones tomadas *ex aequo et bono*, ejemplo de ella es (ex-aequo et bono):

1. Estos derechos deberán cuantificarse debidamente en una etapa posterior y por el momento se evalúan, con carácter provisional y *ex aequo et bono*, en una cantidad mínima de 10 000 euros por año. (eur-lex.europa.eu)

## 9. Una nueva mirada

Frente a todo lo expresado con anterioridad parecería que no nos cabe otra posibilidad. Sin embargo, el ser humano se ha presentado siempre como un ser holístico donde se integran a su ser: pensamientos, emociones y acciones y he aquí la gran creación del Derecho Romano que sin mayores conceptualizaciones ni doctrinas, inmiscuido sólo en una realidad práctica, hace brotar su construcción jurídica, evidenciando que todo cuanto en el mundo se hace ha de ser al servicio y en defensa del ser humano, teniendo en los *iuris prudens* y *pretores* sus mayores precursores, quienes a partir de la realidad práctica entendieron cuáles eran las necesidades del pueblo e, igualmente, a partir de la prudencia lograron resolver, de manera equitativa, los inevitables problemas que se presentaron.

Todo ello ciertamente suponía el conocimiento de la realidad y a partir de ella se tomaron decisiones de manera íntegra, en pocas palabras, tenían la clara percepción, -parafraseando a algún autor que dice que *el derecho no está separado de la vida, sino que sirve a la vida*- que el derecho nace de las relaciones y está al servicio de las mismas. Puede ser que el derecho romano haya tenido su propio sistema lingüístico, diferente al nuestro, y que haya dado lugar a infinidad de interpretaciones, pero lo que si es cierto, es que no coincide con unas propuestas 'idealistas' de la modernidad, donde necesidades

que no se encuentren dentro de un ordenamiento no se pueden satisfacer y por lo tanto pasan a ser objeto de la ‘caridad’ del Estado a través de unas políticas públicas de intervención social, actitud que, erróneamente, pretende desconocer derechos que surgen de la misma condición humana y, por el contrario, hace gala de aceptar, exclusivamente, derechos que sólo se adecuen a categorías jurídicas, o que se encuentren en estatutos jurídicos y que además hayan sido creados, por un ordenamiento jurídico positivo.

El derecho romano tenía como fin propio reconocer no la potestad del individuo, sino, una realidad social, donde lo que se da son relaciones interpersonales continuas, relaciones que fueron moldeando el derecho (relaciones familiares, relaciones reales, relaciones patrimoniales, relaciones personales), es decir, el reparto de bienes en el grupo y en la búsqueda de una auténtica equidad, que en este caso, en particular, se demostró bien contrario a la *epieikeya* griega, que dirigida a la polis y a los dioses, prefería apartarse del mundo para no ser perturbada, o a las consabidas políticas públicas dirigidas a la satisfacción de necesidades de nuestros pueblos, donde el sistema ordenador de la economía como lo es el capitalismo, impide generar *capacidades básicas*, al decir de Amartya Sen, pues lo que predomina es una tensión constante entre la generación de capital, y la satisfacción de necesidades o los requerimientos reales de las personas.

Esta satisfacción de necesidades, sobre todo las así denominadas vitales, ha llevado a su estigmatización, al considerarlas como derechos subjetivos y en este orden de ideas, a su reclamación en el orden netamente jurídico, dando origen a lo que entre nosotros se denomina ‘tutela por vía judicial’, generando un exceso de judicialización frente al justo requerimiento de las personas. La ley reconoce infinidad de garantías procesales que deberían responder de manera adecuada a la solución de conflictos y en últimas a la adecuada satisfacción de estas necesidades, sin embargo no es así. A tantas garantías estipuladas en el derecho, mayores trabas jurídicas y políticas que hacen imposible el acceso a una justicia social.

Alexis se pregunta: *¿cuál es la decisión correcta desde el punto de vista de los derechos fundamentales y de la fundamentación racional de los derechos fundamentales?* (Alexis, pág. 39) Ya que una característica de su *Teoría* es que con el análisis lógico se puede librar a la ciencia de los derechos fundamentales, al menos en parte, de la retórica

política y de los vaivenes de la lucha de las concepciones del mundo (Alexis, pág. 45). De esta manera nos dice:

La fuerza del principio de la competencia presupuestal del legislador no es ilimitada. Él no es un principio absoluto. Los derechos individuales pueden tener un mayor peso que las razones político-financieras (Alexis, págs. 512-513);... también los derechos fundamentales sociales mínimos tienen, especialmente cuando son muchas personas que necesitan de ellos, enormes efectos financieros. Pero esto, independientemente considerado, no justifica una conclusión contraria para su existencia (Alexis, pág. 512).

Pero frente a la bondad de unos *Derechos Fundamentales*, nos encontramos de cara a una infinidad de trabas para su aplicación, un claro ejemplo de todo esto es la aplicación del Derecho Administrativo, de donde ha surgido una figura que solemos denominar como la *desviación de poder*, y que sustancialmente consiste en hacer una concreta aplicación literal de una norma hasta el punto en que dicha aplicación contraviene claramente el espíritu y finalidad con que fue promulgada dicha norma.

Ejemplo claro de esto es la *Acción de Tutela* mecanismo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, que busca proteger los Derechos Constitucionales fundamentales de los individuos *cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública* (Constitución Política de Colombia, 1991) Fue ideada con el fin de constituirse en un mecanismo de *garantía constitucional del derecho*, al cual podría acceder cualquier persona como protección judicial de sus derechos fundamentales a través de un recurso efectivo, por esto muchos autores han optado por denominar esta acción como *la democratización del derecho*.

La constitución señala claramente que:

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ante un primer *boong* de esta acción, la realidad se muestra toda otra. Problemas de congestión, y que en últimas se muestra como una dificultad meramente técnica, sin embargo, donde si encontramos un auténtico problema es en la interposición de tutelas



contra providencias judiciales, así como las tutelas frente a los derechos sociales; el ingrediente que se añade es tremendamente político y la sombra que lo cubre es la rampante corrupción que carcome todo nuestro sistema institucional. *Una de las discusiones más recurrentes, importantes y difíciles del constitucionalismo colombiano contemporáneo se refiere a la posibilidad de que los jueces, a través de decisiones de tutela, protejan derechos sociales, de tal manera que al hacerlo, afecten los presupuestos y el gasto público.* (García Villegas y Uprimny Yepes, 2014). Frente a esto lo único que en realidad tenemos es una Constitución llena de ideales en lo que se refiere a derechos sociales, frente a una realidad llena de injusticias que acaban por volverse doble injusticia en cuanto a las expectativas que crea.

Ante tantas incertidumbres y, desde luego, ante tantas respuestas, o mejor, propuestas, pensamos que la *aequitas* romana es el modelo que debería adaptarse a nuestro derecho, es la finalidad a la que cualquier norma debe tender, es la que debe conducir cualquier tipo de ‘relación’ que se creen en el mundo jurídico y es la que nos puede conducir hacia una auténtica justicia social.

Sin embargo esta propuesta puede caer en una mera retórica como hasta el momento se la ha tratado:

En principio, la inercia puede oponerse a todos los proyectos nuevos y *a fortiori*, a planes que, conocidos desde hace mucho tiempo, no se han aceptado hasta hoy. Lo que Bentham llama el sofisma del miedo a la innovación o también el sofisma del veto nacional, que consiste en rechazar toda medida nueva, simplemente porque es nueva, de ningún modo corresponde a un sofisma, sino al efecto de la inercia que favorece el estado de cosas existentes, el cual solo debe modificarse si hay razones en pro de la reforma [...] Cabe señalar a este respecto que si, en derecho, el demandante tiene generalmente la carga de la prueba, obedece a que el derecho se conforma a la inercia; está concebido de manera que ratifique, para mejor proveer, los hechos tal como son. Gracias a la inercia, se prolonga la técnica a la cosa juzgada, por decirlo así, mediante la técnica de lo precedente (León Bernal V., 2013).

## **10. El derecho y sus ‘relaciones’**

Llegados a este punto de nuestro trabajo y ya en el ámbito de la filosofía del derecho, sentimos el deber de realizar algunas preguntas importantes y decisivas: ¿qué aporta la filosofía como reflexión antropológica y hermenéutica a la praxis del derecho?

Ciertamente sin intentar dar una respuesta definitiva y detallada, ya que esta no existe, y paragonando a Péguy: una gran filosofía no es la que da respuestas, sino la que nos introduce en unas inquietudes, la filosofía tiene la ventaja de que su objeto de reflexión, de estudio, de investigación es panorámico y abarcante, es decir nada excluye. Por ello no podríamos ignorar, por ningún motivo, los contributos y los aportes de las antropologías filosóficas y de las reflexiones hermenéuticas de los dos últimos siglos. Y aquí los ponemos sólo como una especie de *genio inspirador y de pronto conformador del derecho*. Es importante tener en cuenta de que nosotros, los seres humanos, necesitamos reconocernos en una imagen, quizás un modelo, un prototipo, por más tosco que sea de ser humano. Eso fue así en el pasado, lo es en el presente y lo será en el futuro. El reconocimiento que hacemos en el modelo influye en forma preponderante en la concepción que tenemos de aequitas, de justicia, en la forma de aplicar la normatividad, la ética, el sistema jurídico, etc., de aquí la necesidad de hablar constantemente de quienes nos inspiran y de quienes son nuestros modelos....

Durante muchos años, en occidente, hemos comprendido y caracterizado al ser humano con la ayuda del modelo greco-romano: el hombre como *zoon logon exwn* o con su fórmula latina más conocida, aunque pretende ser una traducción de la anterior: *animale rationale*. Esto significa que el hombre se comprendía a sí mismo como un ser viviente (*zoon* – animal), pero dotado de la palabra, la razón, la inteligibilidad. Por supuesto esta indicación no parece tener nada de falso: el hombre es de verdad un ser de la palabra, un ser de la razón y razonabilidad. Sin embargo no es suficiente, no tanto por lo que incluye, sino por lo que fue excluyendo a lo largo de los siglos. Con la visión existencialista y personalista se pone de relieve unas cuantas ambigüedades de las concepciones dualistas a que llevó este prototipo, exacerbado, de alguna forma, por el racionalismo post-cartesiano. Martín Heidegger, en su carta sobre el humanismo critica esta fórmula por el hecho de que esta se olvida del misterio más profundo del hombre, esto es, el de la presencia a la luz del ser.

Las antropologías de inspiración existencialista y sobre todo las de inspiración personalista intentan caracterizar de modo distinto y más profundo al ser humano. Ellos van más allá de la concepción del hombre como un animal racional y lo introducen en el corazón del misterio como alteridad, de la otredad; de la comunión, etc. Es por esa razón que en el ámbito de la praxis del derecho no podemos ser ajenos a estas propuestas.

Consecuentes con las propuestas existencialistas y personalistas, la pregunta que nos introduce en el almendrón de la problemática antropológica actual y también en el misterio de que hablábamos con anterioridad es: ¿el ser humano es un ser (individual) orientado en primer lugar hacia el mundo (en el que hay también otros seres humanos), o bien es ante todo un ser en comunión, en una relación dinámica, relación en últimas, como ya lo hemos advertido de crecimiento y construcción mutua en el mundo. Según la respuesta que se dé a esta pregunta y la posición que se tome, cambia la forma de un concebir la praxis del derecho.

Una antropología polarizada en torno a una conciencia individual y autosuficiente, orientada hacia el conocimiento objetivo, lógico, directo, sistemático, conceptual, lineal, causal, material, mediante la ciencia y la técnica, corre el riesgo de no reconocer las dimensiones personales, éticas y espirituales del ser humano. El individuo sería visto siempre en función de unas totalidades (racional, material, económica, ambiental, social, ética, jurídica, etc.) y es sacrificada en ella. Al contrario, una antropología que concede la primacía a la comunión inmediata con el otro ser humano en el mundo, rechaza la autosuficiencia del YO y se siente totalmente polarizada por la responsabilidad frente al otro y por la necesidad de realizarse en comunión con él, en la dinámica de la construcción de una sociedad justa, igualitaria, armónica, ecológica. Esta visión está marcada por una visión holística del ser humano y del cosmos. El encuentro con el otro y el mundo son dinamismos concretos que abren al ser humano la posibilidad real de una trascendencia, de una sociedad democrática, una sociedad más humana y natural, una sociedad en búsqueda constante del equilibrio, de la balanza...

Si intentamos ubicar en el tiempo esta transformación del pensamiento sobre el ser humano, que Alexander Steinbüchel (Microbiólogo alemán 1953) llama de *Umbruch des Denkens* (cambio, revolución profunda de pensamiento), tenemos que regresar en el tiempo hasta el período que sigue a la primera guerra mundial, aunque es con la segunda guerra, donde queda clara el peligro de la conciencia individual y autosuficiente, donde este pensamiento gana más fuerza y solidez. Se hace evidente como una cierta repulsa de la primacía yo – mundo material y una afirmación cada vez más contundente y decidida de la primacía yo- tú en el mundo. Semejante transformación en el pensamiento sobre el hombre no está separada, como es lógico, de la experiencia histórica del hombre europeo: la reflexión sobre la gran crisis de la cultura tecnológica con sus sacudidas sociales, las

guerras sin precedentes, la reducción del hombre a una sola dimensión. Aquí el ser humano se dio cuenta de que los excesos de miseria humana ponen de relieve la unilateralidad y la deformación de la imagen del hombre que dominó la gran parte de la cultura moderna occidental...

La actual reflexión sobre el ser humano sigue estando señalada por la reacción en contra de la antropología dominante desde el inicio de la época moderna (siglo XV). Para entender esa antropología, necesitamos, aunque en forma sucinta, hacer una breve alusión a los rasgos dominantes de esa concepción:

1) La antropología moderna a partir de Descartes está fuertemente caracterizada por el hecho de que el ser humano es visto ante todo y prevalentemente en su relación con el mundo material. El ser humano es visto como un ser solitario, un Robinson, un ser encerrado en sí mismo y aislado de los demás. No se niega la coexistencia con los demás, pero no está suficientemente valorada como para tener importancia para la comprensión del misterio del ser humano. Esta antropología del yo solitario (egología) orientada hacia el conocimiento científico y dominio del mundo a través de la técnica, presenta normalmente dos versiones de desarrollo: por un lado la línea racionalista e idealista, que absolutiza la importancia de la conciencia que piensa al mundo y minimiza la densidad del mundo material y el valor del cuerpo; por el otro lado la línea empirista, que absolutiza la importancia del mundo material y del cuerpo, minimizando a su vez la densidad y consistencia de la conciencia. Esta experiencia de ser humano moderno hace ver la imposibilidad de comprender y de afirmar el misterio del yo personal, ya que el individuo, cerrado y aislado de los demás, está esencialmente orientado hacia el mundo. Todo intento en esta línea lleva al vaciamiento del yo, reduciéndolo a una especie de fantasma, privado de densidad humana y existencial. Es decir y resumiendo lo más que se pueda, los intentos de la antropología moderna que se empeñan en comprender el misterio del ser humano a partir del yo solitario y orientado hacia el conocimiento del mundo acaban en la misma pérdida del hombre...

Pero en seguida advertí que mientras de este modo quería pensar que todo era falso, era necesario que yo, que lo pensaba, fuese algo. Y notando que esta verdad: *yo pienso, por lo tanto soy* era tan firme y cierta, que no podían quebrantarla no las más extravagantes suposiciones de los escépticos, juzgué que podía admitirla, sin escrúpulos, como el primer principio de la filosofía que estaba buscando (Descartes, 2014).

Según E. Levinas toda interpretación del hombre basada en la primacía del *cogito* y de orientación hacia el mundo material está marcada por la voluntad de poder y viciada por el mito de la totalidad (Levinas, 2006). Lo mismo vale para todas las antropologías filosóficas que han sustituido el *cogito* por el *volo*, o por el *ego* o por el *possum*. Siguen estando fundamentalmente en el cuadro de la egología y por la tendencia, a nivel del conocimiento, de reducir toda la realidad a la razón explicativa. Sobre todo en el idealismo, expresión directa de los principios antropológicos puestos por Descartes, la realidad es constituida por la *ratio*. Conocer la realidad es equivalente a reducir todas las cosas a la misma unidad del sistema racional pensado por el *ego*. Todo lo que es extraño, todo lo que es otro, tiene que ser reducido a la misma realidad racional. Aquí se elimina cualquier alteridad. Lo mismo pasa con la ética en este sistema. La interpretación del ser humano está dominado por la idea de afirmación de sí mismo: realizarse a sí mismo, afirmarse incluso a costa de los demás, usándolos como medio. El ser humano se convierte en legislador de sí mismo, sometiéndolo todo al tribunal de la razón soberana.

A nivel social y político, esta idea de la afirmación del *ego* y de su orientación primaria hacia la realidad del mundo lleva a la idea de imperialismo. En este sentido la guerra, intento de extender el propio poder (egocracia) sobre los demás, lleva a eliminar la otredad o a sujetarla a los propios intereses. Esta afirmación de yo individual no se detiene ni siquiera ante la vida de los inocentes, con tal de que satisfagan los intereses económicos, políticos, militares, etc.

A nivel metafísico y espiritual esta antropología egológica deja también su huella, ignorando un verdadero encuentro con el otro. No queda espacio para la verdadera trascendencia, atrofiando el misterio y la dimensión metafísica. El ateísmo es consecuencia de esta interpretación inmanentista del ser humano. La egología, polarizada por la racionalidad, se pone entonces en el centro de la totalidad, inclusive, sacrificando a los individuos en aras del *moloch* del sistema. .. La historia de Europa ilustra con la sangre y la miseria, con las guerras y los campos de concentración, el carácter trágico del mito egológico, del ego autosuficiente que concede la primacía a su relación con el mundo en la realización de sí mismo.

2) Por otro lado y como alternativa a esta tendencia individualista, en el campo socio-político, surge en el siglo XX un movimiento colectivista. Aunque el colectivismo

está ligado a una determinada concepción social y económica, hay que mirarlo desde un punto de vista más amplio: La interpretación individualista había mostrado su unilateralidad y equivocación, de forma tangible, en la miseria del proletariado y en la reducción del hombre a su papel impersonal en la civilización industrializada. Frente a esta unilateralidad y equivocación, el movimiento colectivista surge, según Martin Buber, como una especie de liberación a esa soledad en que se encuentra el ser humano como consecuencia del individualismo tomado como ideología de la cultura moderna. Cómica y socialmente el hombre moderno, en las civilizaciones industrializadas, es un ser sumamente aislado y solitario. Buber ve en ciertas exaltaciones del individuo, como el caso de Nietzsche, un intento desesperado e impotente por salvar el valor del individuo. El colectivismo, a su vez, parte ya del fracaso de cualquier interpretación individualista de ser humano. Quiere a toda costa devolver al ser humano a sí mismo, declarando propiedad colectiva a lo que antes dividía y aislaba a los hombres. La soledad quedaría vencida cuando todos participen en todo y la colectividad provea a todas las necesidades de todos. Para Karl Marx el colectivismo no se trataba solamente de una táctica social y política, sino la realización de la esencia auténtica del ser humano. Sólo el colectivismo sería capaz de superar las alienaciones sociales y económicas, porque la esencia del ser humano es colectiva. Él conocía bien la tesis de Feuerbach: *La esencia del hombre no es algo abstracto que habita en el cuerpo, sino que la verdad del hombre es la suma de sus relaciones sociales*. Para Marx el hombre es solamente social. En sí mismo como individuo no tiene una vocación personal diversa de la colectividad. No tiene una perfección que le ataña únicamente en cuanto individuo. El centro existencial es la colectividad, no la personalidad. Marx lo ha expresado claramente en un texto conocido de los manuscritos de 1844:

La actividad social y el goce social no existen, ni mucho menos en la forma única de una actividad inmediatamente comunitaria y de un goce inmediatamente comunitario... Incluso cuando yo sólo actúo científicamente, etc., en una actividad que yo mismo no puedo llevar a cabo en comunidad inmediata con otros, también soy social porque actúo en cuanto hombre. No sólo el material de mi actividad (como el idioma, merced al que opera el pensador) me es dado como un producto social, sino que mi propia existencia es actividad social, porque lo que yo hago lo hago para la sociedad y con conciencia de ser un ente social. (Marx, 2014)

Por lo tanto, no son los individuos los que forman la sociedad, sino es la sociedad la que forma los individuos. Los individuos existen únicamente en cuanto partícipes de la

sociedad. La sociedad no debe situarse como una abstracción frente al individuo. *El individuo es un ser social. Su exteriorización vital... es una exteriorización y afirmación de la vida social* (Marx, 2014).

Existe, sin duda alguna, para Marx una serie de problemas considerados tradicionalmente como problemas individuales. Pero estos problemas deberían desaparecer como problemas cuando haya sido plenamente realizada la colectivización radical de la economía, del estado y de la vida social. Efectivamente, los problemas personales han sido creados como falsos reflejos de situaciones sociales o económicas profundamente equivocadas. Una vez cambiadas las estructuras, necesariamente los problemas individuales perderán su razón de ser.

Esta visión trazada así en líneas tan sucintas y rápidas revela unos cuantos aspectos preocupantes. Nos damos cuenta, y con mucha razón, de la dimensión social del ser humano y de la necesidad de reconocer al otro en el mundo. Pero en realidad se acepta todavía acríticamente el gran postulado de la antropología moderna, esto es, que el ser humano está orientado primariamente hacia la materia. El colectivismo quiere solucionar el problema del ser humano en toda su amplitud, cambiando y revolucionando la relación con el mundo material, que es considerado como la base y la matriz de todas las relaciones sociales. El encuentro y la comunión con el otro se hace siempre a través de las cosas, de las que recibe también su significado. El valor de las relaciones interpersonales se mide por la posibilidad de transformar el mundo material, el mundo de las cosas. Sigue en pie la primacía de la totalidad sobre el individuo. En este sentido en que difiere esta visión de Marx de la de Hegel? Si para Hegel el individuo no es más que un eslabón en el devenir del Espíritu, para Marx el individuo no es más que un eslabón en la colectividad. La persona pierde valor y significado porque depende totalmente de la colectividad, esto es, del partido que supuestamente se presenta como encarnación y expresión de la colectividad.

Es aquí donde entra el existencialismo y personalismo a jugar un papel fundamental. Y en ese sentido el pensamiento de Buber y Levinas figuran sin duda como expresiones significativas del giro o revolcón en la interpretación de la existencia humana que caracteriza a una parte de la antropología contemporánea y que según nuestra tesis podría ser de gran importancia para la filosofía y la praxis del derecho. ¿En qué consiste

este giro, este revolcón del pensamiento personalista, pensamiento dialogal por excelencia?

*Ser hombre significa ser con los demás*, diría M. Buber o E. Levinas. Aprender a ser hombre significa aprender a serlo en confrontación con los demás. Aprender a ser hombre significa aprender a comunicarse, a narrar. Las palabras, la lengua, el lenguaje, en su doble dimensión de *mythos* o *logos*, son una forma de relacionarse con los demás. En japonés la palabra, idioma, lenguaje apuntan para esa relación comunitaria (語); el kanji está constituido por tres elementos que significan: cinco (五), bocas (口), hablar (話す); si cinco bocas lo hablan es un idioma. “*Je suis les liens que je tisse avec les autres*” (Jacquard, 1997, pág. 17), yo soy las relaciones que establezco con los demás. En su conocida obra *Ich und Du*, Martin Buber, rechaza radicalmente la reducción del hombre a una sola dimensión, esto es, a la relación con las cosas, aquello que él llama una relación (Ich-Es) y se afirma la presencia de otra relación, esto es, con el otro hombre (Ich-Du). Una relación en un mundo sin palabra, sin comunicación estaría reducida a una relación (Ich-Es). Descubrir al otro implica el lenguaje. El lenguaje crea una relación que no es solo *Erfahrung* (experiencia), sino también *Begegnung* (encuentro) que lleva a la confrontación, al diálogo. Este encuentro (*Begegnung*) es un encuentro y confrontación dinámicos como lo sugiere la palabra (*be-* es una partícula transitiva; *gegen=* ante, frente, contra; *begegnen=* colocar en confrontación, encontrar, etc). *Begegnung* es una característica del ‘*Anthropos*’, el ser que se coloca ante los otros seres en una posición vertical, mira ojos en los ojos, en una relación de perfecta reciprocidad (*Gegenseitigkeit*). La estructura física del hombre lo predispone para la comunicación. El término griego ‘*Anthropos*’ es bastante sugestivo en ese sentido. En el *Begegnung* el Hombre se hace auténticamente **yo** y el otro auténticamente **tú**. En la lengua alemana el verbo *begegnen* es utilizado casi exclusivamente con las personas: *Ich bin Ihm oder Ihr begegnet* (Johannes). Con cosas se utiliza el verbo *finden* : *Ich habe das gefunden*. Con *begegnen* se utiliza el dativo y con *finden* se utiliza el acusativo. En el primero se expresa una relación de Yo-Tú y en el segundo se expresa una relación de sujeto-objeto. Este sentido es corroborado por tres términos alemanes que indican la dinámica de la comunicación (*Wort, Antwort, Verantwortung*). *Wort* es la palabra hablada y hablante, es la palabra pensada; es la palabra de un emisor; *Antwort* (respuesta)- es la palabra que es provocada por la palabra proferida del emisor; esta palabra (*Antwort*) surge como recepción interpretativa de la *Wort*. Esta



palabra (Antwort) crea una relación dinámica y se transforma, a la vez en Wort. El receptor es a la vez emisor. En este vaiven (Wort-Antwort, Antwort-wort) se crea una relación de consenso, de responsabilidad (Ver-antwort-ung), de dialéctica entre el emisor y el receptor (emisor)- receptor. *Transmission envisages reception and normally envisages some response from the receiver. Response effects a reversal of roles: the receiver becomes transmitter and the original transmitter now receives* (Meyer, 1989, pág. 82).

Gabriel Marcel ha puesto muy acertadamente de relieve que se usa la segunda persona (tú) siempre que se puede esperar una respuesta. Eso significa que la aparición de un mundo objetivo está estrechamente vinculada al encuentro *yo-tú*. Cuando no se espera una respuesta, se usa el neutro: el objeto, la cosa, *aliquid*. Esa cosa es objeto del discurso, pero no puede participar personalmente en la comunicación entre dos sujetos. El lenguaje es esencialmente encuentro intersubjetivo, aunque en la comunión y en el diálogo, esto es, en la palabra y a través de ella, se revela la dimensión de objetividad.

La objetividad, en la comunicación, parece ser el fruto de la intersubjetividad. *The dynamism of interpretation is toward 'encounter', that is, vital contact with another's intended sense. 'All real living is meeting' (Buber); so is all real interpreting* (Meyer, 1989, pág. 87)

*El infierno son los otros* es una frase célebre, atribuida al filósofo y pensador Jean Paul Sartre. Es también una frase aprendida por miles de alumnos de filosofía. Pero, dígame de paso que lejos de traducir el pensamiento del autor, ella no es más que una réplica dentro de una obra de teatro. Ella representa una constatación de alguien que comienza su estadía en los infiernos. Si hubiera sido admitido en el cielo, habría podido proclamar: *el cielo son los otros*. Pero si el hubiese continuado su vida en el mundo, podría constatar: *el infierno es ser excluido por los otros*. Ellos son el infierno, porque rechazan entrar en relación conmigo. *Nadie es una isla, todos somos parte integrante de un continente*. Creo en la necesidad de una relación con los otros no solamente para ser feliz, mas también para tener conciencia de mi mismo. Ciertamente que podría existir solo, pero nunca tendría conciencia de mi mismo. La capacidad de decir “yo” no me fue proporcionada por mi patrimonio genético. Möller en su libro *Verstehen und Vertrauen, Menschsein als dialogische Existenz* dice:

El tú tiene raíz en el hombre. El hombre no es un sujeto aislado. El tú se le da al hombre con la humanidad, ya que el ser humano como lenguaje está relacionado con el tú, y el hombre en su obrar está orientado hacia el tú. El tú se le da al hombre con su humanidad, ya que el hombre es un ser que responde y vive en la responsabilidad. El tú se le da al hombre, ya que él lleva dentro de sí la nostalgia de ser tratado como un tú por los demás hombres. Por consiguiente, la relación con el tú es constitutiva del ser humano como tal (Moller, pág. 106).

Se puede decir, en general, que el hombre para llegar a ser él mismo tiene que acoger la llamada del otro. El hombre maduro y logrado es aquel que consigue vivir una comunicación real y auténtica con los demás. Como anota Schillebeeckx: el hombre es un ser que no se realiza a sí mismo, a menos que se entregue a los demás. La persona no se realiza, no se perfecciona interiormente sino en la intersubjetividad de las relaciones *Yo-Tú*, en el seno del mundo (Schillebeeckx, 1969, pág. 205). Nunca podría decir *yo* si no fuera por oposición a los *tús* escuchados. La persona en que *yo* me convierto no es el resultado de un recorrido individual, mas si el fruto de encuentros, es decir, de mis relaciones interpersonales. En japonés los signos 人間 traducen muy bien esta realidad. Nin (人) es el individuo en cuanto ser individual, aislado. Significa también la nariz. El ser humano en cuanto ser aislado, pensando solo en si mismo, en su nariz. Gen (間), en alemán *zwischen* (el *zwischen* de M. Buber) significa persona o el hombre en su relación con los otros. Este símbolo representa a una puerta. Es el individuo (人) entre puertas (間). Es la idea de relación con los otros, la *otredad*. *Je suis les liens que je tisse avec les autres*. Yo soy los lazos que tejo con los demás... La persona en la cual yo me transformo no es el resultado de un viaje solitario interno, no podría haberme construido a no ser en presencia de los demás. La persona no es solo alimentada por los aportes de aquellos que la rodean, sino la realidad esencial que es constituída por los intercambios con los demás. No hay un corte o división entre mi y el otro. Sin embargo, el otro es distinto de mi. Porque es distinto es que participa en mi existencia como un elemento enriquecedor. Una carga eléctrica no se puede definir a no ser en presencia de su opuesto. La coexistencia es siempre fuente de tensión, ella inicia una dinámica, la de la comunicación. Comunicar es poner en común; y poner en común o compartir es un acto mítico que nos constituye. Si se piensa que este acto es un acto imposible, podemos estar conscientes de rechazar todo el proyecto humano. Sería necesario sobrepasar las dificultades que hacen de toda comunicación una hazaña. Es verdad que no es posible esperar una autenticidad que sea sinónimo de comprensión total. Los medios utilizados para comunicar no son totalmente perfectos. La

cadena: pensamiento- frase para expresar este pensamiento- frase entendida- pensamiento reconstituído a partir de la frase escuchada- conlleva múltiples ocasiones de error o imprecisiones. Ya miramos por ejemplo la frase de Jean Paul Sartre: *L'enfer son les autres*. Otro ejemplo es la frase: *Le petit chat est mort*, en la obra de Molière que es el caso típico de una información aparentemente objetiva, desprovista de toda ambigüedad, y que por lo tanto, por asociaciones de ideas, provoca inquietudes de una naturaleza más grave que la muerte del pequeño gato. Toda frase, aún cuando está conformada por un sujeto, un verbo y un complemento es portadora de un mensaje que la excede, teniendo cuenta el contexto y la forma como ella es emitida. Apesar que ella contiene una información, también participa simultáneamente de una comunicación, de una “totalidad” lo que implica mínimo dos personas, un emisor y un receptor. Dicho de otra manera, un término no tiene sentido a no ser en un contexto. Este contexto no puede ser el mismo para un adulto y para un joven. Es necesario admitir que el instrumento de la comunicación es imperfecto. No hay fórmulas para remediar este problema, excepto por la conciencia, de ambas partes, de esta dificultad y a través de la voluntad de superarla, no encerrando el interlocutor en las frases pronunciadas. La comunicación es también buena voluntad. Cuando la mentira y la mala fe se introducen en el proceso, no hay comunicación, sino manipulación recíproca. La primera condición para toda la comunicación es el respeto. Respetar al otro es considerarlo una parte de si, lo que corresponde a una evidencia cuando se acepta la definición: *Je suis les liens que je tisse avec les autres*. (Jacquard, 1997, pág. 17)

De esta manera podemos añadir con Octavio Paz:

...cuando se quiere señalar la futilidad de una disputa o de un problema se acostumbra decir: ‘eso no tiene importancia, es una cuestión de palabras’. Pero, justamente, son las palabras las que separan a los hombres o las que los unen, porque la palabra es más que sonido: es pensamiento, sentimiento, acción. Casi todas las grandes cuestiones, las empresas atrevidas y los sucesos heroicos han sido ‘cuestión de palabras’, al menos en su origen. Por las palabras se define al hombre y es la palabra la que lo lleva no sólo a formular su pensamiento sino también a realizarlo. Palabras son, y nada más que palabras, los Evangelios, mas que llenas de pasión y de carne, de realidad y de ternura! (PAZ, pág. 336)

La palabra, mito o logos, coherencia o incoherencia, verdad o mentira, creación o rito, encuentro o desencuentro, revela lo que es el ser humano. Por la naturaleza nosotros somos “hombres”, por la palabra somos, en el movimiento dialéctico del mito y logos, comunicación: cultura, religión, arte, ciencia, filosofía, poesía y por supuesto derecho.

Por la palabra reinventamos y recreamos el universo, somos a la vez nosotros mismos y superación de nosotros mismos.

## 11. Consideraciones finales

Era justo y necesario realizar un recorrido histórico desde las más antiguas civilizaciones de las cuales tengamos memoria, con el fin único de recordar que los males que hoy nos aquejan son tan antiguos como la misma humanidad y que los sistemas legislativos que nos gobiernan, provienen de esas sociedades que ya desde entonces sufrían estos mismos males. Hemos visto cómo el camino que el hombre recorrió para llegar a hablar de *equidad* se sustenta sobre unos mismos hechos que hicieron que el hombre reflexionara y mirara a su alrededor y finalmente intentara establecer fórmulas que le ayudaran a crear una mejor convivencia y este trabajo no es, nada más ni nada menos, que continuar esta misma reflexión.

Las normas se concibieron en la antigüedad como un medio que tenía la divinidad para gobernar el mundo y fue, lo que en este tiempo dificultó extremadamente la posibilidad de que las leyes propiciaran una igualdad entre las personas que integraban estos pueblos, en primer lugar, unas castas que estaban constituidas por los representantes de la divinidad y a quienes estas normas terminaban siempre por favorecer, convirtiéndose rápidamente en una ‘aristocracia’ y, en segundo lugar, por quienes debían estar sometidos a la misma. Fue así como Aristóteles, ya en un ámbito antropocéntrico, inicia una reflexión sobre aquello que pudiese de alguna manera controlar lo ‘justo legal’, y más bien favorecer lo ‘justo natural’ (*ius naturalismo*), ya que lo primero es incapaz de ir al caso concreto y sólo define generalidades, mientras que lo segundo lo define como el derecho verdadero, impuesto por las exigencias de la realidad, más acorde a la naturaleza político-social del hombre e intentando superar el extremado ‘fixismo’ helénico

La posterior implementación de un sistema normativo, proveniente de los jurisconsultos romanos, que respondió plenamente a la necesidad de mantener un poder absolutamente constituido como el de los antiguos *pater familiae*, dándole, de esta manera, un sólidos fundamentos al derecho privado, dirigido a la salvaguarda de sus bienes y que propició prolongadas luchas entre patricios y plebeyos, contra unas normas

que la fuerza de la costumbre constituyó en instituciones, dirigidas específicamente a la protección de un patrimonio familiar y de aquí la intención de establecer con claridad todo lo referente a un derecho de parentesco y sucesión, así como la necesidad de clasificar rigurosamente los bienes y de definir estrictamente un derecho de propiedad, pero también la posibilidad, frente a los mismos, para su negociación; pero que, finalmente, la intervención de un derecho pretoriano a través de la equidad, logro suavizar en su extremado rigorismo

Observamos entonces y con mucha admiración, la constante lucha de los pueblos de la antigüedad, por encontrar fórmulas que los ayudasen, frente a unas normas legalmente constituidas, lucha ante unas categorías que una costumbre, estrechamente vinculada con la religión hacía que casi fuera imposible pensar en la posibilidad de su adaptación a una realidad totalmente diferente a la que dio lugar esa anquilosada tradición del derecho privado, interpretada e reinterpretada a través de unos texto del *Corpus iuris civilis*.

Durante el transcurso del medievo, época Teocentrista, en la que Europa inicia a poner fundamento a lo que son hoy sus raíces espirituales y culturales, conceptos como el de la benignidad, la templanza, al amor al prójimo y la existencia, sobre el ser humano, de un Valor Supremo, lograron sí que el derecho se impregnara, una vez más, de una certeza como es la de que no es el hombre quien rige su propio destino, sino que la aceptación incondicional, con los dogmas, de ese Ser superior, implicó la renuncia al manejo de la propia vida, entregándosela, pacíficamente, a los representantes de Dios en la tierra, quienes se dieron a la tarea de tomar las riendas, imponiendo una jurisdicción eclesiástica, que manejo el destino de una sociedad cristianizada.

La ilustración que antepuso la razón a la fe, termino imponiendo una certeza ya no divina sino humana, impuso una nueva forma de pensar acerca del derecho que se reflejó en un nuevo sistema legal, judicial y administrativo, el derecho secular le ganó la partida al derecho eclesiástico, encontrando en los códigos su mayor manifestación al sueño de normas producidas por razonamientos provenientes de '*principios inobjectables*'. Sin embargo, a este sueño racionalista le sobrevivió una casta feudal que mantuvo vivas muchas de las injusticias sociales que se conocieron en otros tiempos, lo que queda claro según sir Henry Maine es que las revoluciones se convirtieron en un instrumento para la

transición *de la posición social fija al contrato*. Con el agravante de que de unos dogmas religioso se pasó a unos dogmas que deificaron las ideas, los derechos individuales y el nacionalismo.

Como resultado de esto surge la convicción de que finalmente el poder de legislar reside en el Estado, convirtiéndolo en 'fuente' única de derecho, de esta manera los Estados occidentales se convierten en Estados 'positivistas', donde sólo los estatutos promulgados por un poder legislativo tienen el poder de convertirse en leyes. Desde entonces las fuentes, en una tradición del derecho civil, son la ley y ante la falta de ley la costumbre, es así como se le impone al juez, al momento de decidir controversias, recurrir sólo a la ley. Olvidando que el 'sujeto' del derecho no es algo estático, al que se le puede aplicar como a las cosas una clasificación, los sujetos no son muebles ni inmuebles, a los que el legislador pueda conceptualizar a través de una norma como lo hace por ejemplo con la propiedad.

Un derecho moderno intentó solucionar este problema con la introducción de un nuevo derecho: el constitucional. La Constitución se convirtió en el nuevo dogma que hace gala, como todo dogma, de una incuestionable rigidez funcional. La Constitución es la nueva 'fuente' del derecho, que a su vez rompió con la separación de poderes al permitir que un juez decidiera sobre la constitucionalidad o no de una norma, además de dar paso a las iniciativas populares, que pueden a su vez 'legislar' sobre determinados asuntos, o con la aceptación de derechos internacionales o supranacionales.

Esto en definitiva es el reconocimiento que se hace, durante el transcurso de los tiempos, acerca de la lucha por la comprensión entre un derecho positivo y contingente, y el reclamo constante de que éste responda a unas necesidades reales de las personas. No se ha logrado definir, ni el método, ni la forma para que un derecho legislado, pudiera dar lugar a otras formas jurídicas de mayor 'perfección'. Hemos heredado un positivismo exacerbado y al que se ha intentado por todos los medios ponerle remedio; nos sentimos ahogados, pero al mismo tiempo seguimos confiando en la seguridad que nos brindan las leyes, favoreciendo de esta manera el atrincheramiento de una casta política, anclada en un poder, que nos las garanticen.

Y es frente a estas normas que se ha desconocido la equidad como posibilidad dentro del derecho y es así como nos surge un serio cuestionamiento: nuestra norma de normas

excluye la equidad como fuente del derecho, mientras que en la firma de tratados internacionales acepta que muchos conflictos en el ámbito público como en el privado puedan solucionarse a través de la aplicación de del principio del *buono ed equom*. Nos preguntamos ¿Es aceptable o no la equidad como una posibilidad jurídica, aceptada en el ámbito de un derecho internacional, pero rechazada en el ámbito del derecho nacional?

Aun cuando continuamos proclamado que nuestra constitución está fundada sobre unos principios de justicia social, los problemas reales y que producen auténticas injusticias sociales se enfrentan a una muy antigua y frívola discusión que ha creado una continua tensión entre la letra de la ley, la mente del legislador y la razón intrínseca de la ley, no logrando asimilar que la *ratio legis* implica aceptar la idea de que el derecho, como la sociedad sufren continuos cambios, y que la letra de la ley, así como la *anima legis* no logran ir a la par de los mismos. La *ratio legis* nos impulsa a ansiar un derecho que evolucione a la par con la sociedad y que el motor que impulsa esta evolución no puede ser otro que la equidad, que de manera ligera se puede interpretar como el poder de oponerse a la ley cuando parece evidente que ella es incapaz de responder a las situaciones que se presentan. Sin embargo, y en el fondo, lo que se pretende es responder de manera real y eficiente a unas necesidades que la norma escrita es incapaz de ‘reconocer’ en una sociedad en constante cambio, infundiendo en las instituciones un progresivo dinamismo que implica por sí mismo una mayor responsabilidad en el manejo y el conocimiento de unos principios generales del derecho, al igual que un conocimiento amplio del ser humano y sus vicisitudes.

Podría ser que la sana aplicación de la equidad nos lleve hacia un auténtico progreso de nuestras instituciones jurídicas, les brinde mayor autenticidad, puesto que camina de la mano con la costumbre propia del lugar y no con un trasplante indiscriminado de costumbres y culturas de otros lares y que poco o nada tiene que decir a nuestra propia realidad y, todo lo contrario, traen como consecuencia la desfiguración en la aplicación de la ley. Podríamos lograr una mayor eficacia en el cumplimiento del orden jurídico que se considere adaptado a las genuinas necesidades del pueblo, donde la interpretación de la voluntad del legislador sea equitativa, puesto que lo que en el fondo busca es una corrección de la misma.

Podemos concluir por lo tanto con Aristóteles:

Es decir, en materia mudable,... el legislador y la ley por las razones dadas, no pueden explicar bien toda la mutabilidad contingente. Por lo tanto, en virtud de la justicia misma de la ley humana, considerando la natural condición de la materia en que versa, se sigue necesariamente su cesación particular en ciertas circunstancias, no por una suspensión (*abationem*) extrínseca, sino sólo por el cambio de materia (Aristóteles, 2012 LV. Cap, X).

De la misma manera y como magistralmente apunta Stein, en la obra citada con anterioridad:

El Derecho Romano con su record único de ininterrumpido cambio durante mil años, y evidenciado por todas partes en documentos escritos, fue visto como la clave para el descubrimiento de la evolución de las sociedades que progresan (Stein, 1999, pág. 179).

Por ello, en la aplicación de la Ley se debe buscar la justicia, no sólo la justicia legal, sino la justicia ubicada en el contexto general de las relaciones sociales y el bien común. Armonizando la justicia legal con otros criterios y deberes individuales y sociales se da lugar a lo equitativo, que es el objeto mismo de la equidad.

Dworkin, frente al apasionado positivismo de Hart, defendió la necesidad de redescubrir en el derecho unos valores esenciales que lo hacen efectivamente justo, estos valores no dependen del legislador, ni de los jueces, pues al derecho y por lo tanto a la justicia, no los mueve exclusivamente su aspecto técnico, sino, y por el contrario, su esencia política y las fuerzas sociales dominantes. Podríamos decir que es el humanismo que interpela los juristas de este tiempo a tener una actitud crítica frente al estudio de las fuentes del Derecho.

De esta manera la hermenéutica es la insistencia en la capacidad de comprensión como esencia y almendrán constituyente de lo humano. Es la *koiné* (Peña Castrillón) de la sociedad contemporánea. Esta comprensión compagina bien con el *ethos* o los principios, al menos regulativos, de la sociedad democrática como lo son: la equidad, la alteridad, el diálogo, el compromiso, el principio de la diversidad y pluralidad, el acento en la naturaleza histórica y lingüística de nuestra experiencia de mundo, sólo por nombrar algunos. Pero y sobre todo: *La equidad implica o significa algo superior a la justicia meramente legal, posición que tiene como efecto el que debemos tomar partido por la noción más razonablemente compatible con nuestro derecho positivo* (Peña Castrillón, pág. 24)



## 12. Bibliografía

- AA:VV. (1998). *A. V. Historia de la Grecia antigua. Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca. 1998. Pag. 50-60.* Salamanca: Universidad de Salamanca.
- ALEXIS, R. (s.f.). *Teoría de los derechos fundamentales.*
- AQUINO, T. (s.f.). *Suma Theologica. I-II*
- BIONDO, Biondi, citado por Vallet de Goytisolo, J. (1994). *Metodología de la determinación del derecho.* Madrid: Ramón Areces.
- BOBBIO, N. (1961). *Il positivismo giuridico.* Torino: Libreria Torinese.
- BOBBIO, N. (1987). *Teoría general del derecho.* Bogotá: Temis.
- CABALLERO, J. F. (2006). La Teoría de la Justicia de John Rawls. *Ibero Forum, Voces y Contextos, núm .II, año I, 5.*
- DE COULANGES, F. (1997). *La ciudad antigua.* Bogotá: Panamericana.
- De ROMILLY, J. (1977). *Los fundamentos de la democracia.* Madrid.
- DWORKIN, R. (1989). *Los derechos en serio.* Barcelona: Ariel.
- EGENTER, R. (1940). Epikie. Lex. f. . *Theol. und Kirche.*
- EGENTER, R. (1948). Importancia de la epiqueya en la vida moral. *Philos. Vol. 53, 115-127.*
- ENTRENA KLETT, C. M. (1990). *La Equidad y el Arte de Juzgar.* Pamplona: Aranzadi.
- FALCON Y TELLA, M. (2005). *Equidad, Derecho y Justicia.* Madrid: Ramón Areces.
- GARCÍA MAYNES, E. (1999). *Introducción al Derecho.* Madrid.
- GARRIDO GOMEZ, M. I. (2002). *Criterios para la solución de conflictos de intereses en el Derecho privado.* Madrid: Dykinson.
- GOMEZ-PANTOJA, J. (20 de octubre de 2009). Obtenido de El Código de Hammurabi.  
<http://www2.uah.es/histant/pantoja/schola/Materiales%20docentes/Hammurabi.pdf>.
- GRONDIN, J. (2008). *¿Qué es la hermenéutica?* Barcelona: Herder.
- GUTIERREZ-ALVIZ, F. (1995). *Diccionario de Derecho Romano.* Madrid: REUS. S.A.

- HABERMAS, J. (. (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.
- HART, H. (1965). *Los fundamentos de un sistema jurídico*. Buenos Aires: Abeleso-Perrot.
- HEIDEGGER, M. (1993). *Sein und Zeit, Max Niemeyer Verlag*. Tübingen: Tübingen.
- JACQUARD, A. (1997). *Petite Philosophie à l'Usage des Non-philosophes*. Paris: Calmann-Lévy.
- JOHANNES, M. (s.f.).
- KANT, I. (2005). *Crítica de la razón pura*. Madrid: Taurus-Alfaguara.
- KELSEN, H. (1997). *Teoría pura del Derecho*. México: Porrúa.
- LEVINAS, E. (2006). *Totalité et Infini, essai sur l'exteriorité*.
- LOPEZ MEDINA, D. E. (2009). *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis.
- LUHMANN, N. (1979). *El derecho de la sociedad*. México: Herder.
- MAGNO, A. (1891). *Ethicorum. Opera Omnia. Lib. V, Trac 2, cap. 7, n<sup>a</sup> 28*.
- MAGNO, A. (1891). *Politicorum. Lib VIII, Trac 2, cap. 7, n<sup>a</sup> 28*.
- MEJIA QUINTANA, O. (1999). *La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y Aporias del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación*. Bogotá: Universidad Nacional.
- MEYER, B. (1989). *The Primacy of the Intended Sense of Texts. in Lonergan's Hermeneutics, Catholic University of American Press, 82*.
- MOLLER. (s.f.).
- MOSSÉ, C. (1981). *Historia de una democracia: Atenas*. Madrid: Atenas.
- PAZ, O. (1985). *El laberinto de la soledad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- PAZ, O. (s.f.). *Primeras letras*.
- PEÑA CASTRILLÓN, G. (s.f.). *Algunos aspectos generales del arbitraje* (pág. 24). Bogotá: Universidad de los Andes.
- PERELMAN, C. (2006). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos.
- PLATÓN. (1999). *Dialogos. Obra completa. VIII*. Madrid: Ed. Gredos.
- RASCÓN GARCÍA, C. M.-9. (2000). *Manual de derecho romano*., Madrid: Tecnos, 3ra. Ed.
- RAWS, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económico.
- REALE, G. R. (2005). *Raíces culturales y espirituales de Europa*. Madrid: Herder.

- RODRIGUEZ, C. (3 de MAYO de 2010).
- ROWE, C. (1995). *La ética de la Grecia Antigua. Compéndio de ética*. Madrid: Alianza editorial.
- SANCHEZ, J. (1994). *Manual de Derecho Romano*. Bogotá: Jurídica Radar.
- SANTOS, B. (1991). *Sociología jurídica crítica*. Bogotá: ILSA.
- SCHILLEBEECKX, E. (1969). *Dios y el Hombre*. Salamanca: Salamanca.
- STEIN, P. (1999). *El Derecho Romano en la historia de Europa*. Madrid: Siglo Veintiuno.
- TOUBNER. (s.f.).
- ULPIANO. (1991). *1.I, pr.,D., de iniuriis. Digesta*. ILSA.
- ULPIANO en D.I, 1. 1. (1987). *Ulpiano en D.I, 1, 10, 1 y en I, 1, 1, 3. En: ESCRICHE. Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia, Tomo III. 2ª. Edición. Madrid, 1845, citado en: Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del tribuna supremo*. Madrid: Ed. Dykinson.

### **Bibliografía jurídica**

#### **Códigos**

*Constitución Política de Colombia*. (1991)

Código de Comercio

#### **Leyes y decretos**

Ley 13 de 1825

Ley 14 de 1934

Ley 23 de 1991

Ley 446 de 1998

Acto Legislativo N° 03 de 2002

Decreto 2279 de 1989

Decreto 1818 de 1998

#### **Sentencias**

Sentencia de la Corte Constitucional, c-226 de 1993

Corte Constitucional c-330 de 2000

#### **Sitios web**

<http://www.blognavazquez.com/index.php/2009/08/05/fuentes-del-derecho-sumerio-conocidas/>, . (12 de MAYO de 2009). Obtenido de FUENTES DEL DERECHO SUMERIO.

<http://www.historiaantigua.es/sumer/dinasarca/dinasarca.html>. (12 de MAYO de 2009). Obtenido de LOS SUMERIOS.

<http://www.biografiasyvidas.com/biografia/c/clistenes.htm>. (12 de octubre de 2012). Obtenido de BIBLIOGRAFÍAS Y VIDAS.

<http://www.ihistoriarte.com/2012/06/codigos-mesopotamicos-el-inicio-de-las/>. (12 de Mayo de 2009). Obtenido de EL IMPERIO BABILÓNICO.

### **Documentos web**

AA.VV. (6 de enero de 2013). *El renacimiento medieval de la jurisprudencia romana*. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/379/6.pdf>.

ALBERT, C. y. (6 de enero de 2013). *Un inventario anónimo en Castilla la Nueva, 1494 1506*.

Obtenido de <http://books.google.com.co/books?id=QnL7LlNowAoC&pg=PA21&lpg=PA21&dq=la+Summa,+el+Apparatus+y+las+distinciones+como+generos+literarios+jur%C3%ADdicos&source=bl&ots=5NHrq9mfLY&sig=6KU71YNp05NCsbZPQCJznCuNUpU&hl=es&sa=X&ei=9Iz3UqSoKcjcYQHs4YC4DQ&ved=0CCgQ6>.

ALCAZAR, H. (4 de enero de 2014). *Epiqueya*. Obtenido de [http://www.canalsocial.net/ger/ficha\\_GER.asp?id=4897&cat=derecho](http://www.canalsocial.net/ger/ficha_GER.asp?id=4897&cat=derecho).

ALCIATO, A. (11 de febrero de 2009). *La antigüedad*. Revista de la Universidad de Navarra.

Obtenido de [http://www.unav.es/biblioteca/fondoantiguo/hufaexp20/Deleitando\\_ensena/4.\\_Autores/Entradas/2009/11/2\\_Andrea\\_Alciano\\_\(1492-1550\).html](http://www.unav.es/biblioteca/fondoantiguo/hufaexp20/Deleitando_ensena/4._Autores/Entradas/2009/11/2_Andrea_Alciano_(1492-1550).html).

ARISTÓTELES. (11 de enero de 2012 LV. Cap, X). *Ética a Nicómaco*. Obtenido de <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf.e>.

*Bibliografías y vidas*. (20 de octubre de 2012). Obtenido de [http://www.biografiasyvidas.com/biografia/a/alejandro\\_magno.htm](http://www.biografiasyvidas.com/biografia/a/alejandro_magno.htm), visitado el 20 de octubre de 2012.

*Biografías y vidas*. (20 de octubre de 2012). Obtenido de <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/s/solon.htm>.

- ELOYDUY, E. (13 de mayo de 2013). *La epiqueya en la sociedad cambiante. Teoría de Suarez*. Obtenido de <http://info4.juridicas.unam.mx/jusbiblio/jusrev/122/>.
- BOBBIO, N. (20 de ENERO de 2010). Obtenido de <http://www.monografias.com/trabajos65/justicia-derecho-ley/justicia-derecho-ley2.shtml>.
- CELSO. (9 de mayo de 2010). *El arte de los bueno y de los equitativo*. Obtenido de <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/d-01.htm#1>.
- CICERON, M. T. (6 de enero de 2013). Obtenido de Obras completas. De las Leyes. Libro I. <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=775>.
- DESCARTES. (12 de 1 de 2014). *Discurso del Método*. Obtenido de <http://www.librosgratis.liblit.com/?subdir=D%2FDescartes%2C%20Ren%E9>.
- Ex-aequo et bono*. (s.f.). Obtenido de <http://www.linguee.es/espanol-ingles/traduccion/ex+aequo+et+bono.html>.
- GARCIA VILLEGAS Y UPRIMNY YEPES. (26 de marzo de 2014). *La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?* Obtenido de <http://www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos...field...id..>.
- LEÓN BERNAL V., A. U. (25 de mayo de 2013). *Una averiguación de principio deóntico en raíz aristotélica*. Obtenido de [http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/105\\_3331\\_-una-averiguacion-de-principio-deantico-en-raaz-aristotalica-lagica-juradica-en-el-preambulo-del-siglo-xxi.\\_Una\\_averiguacion\[1\].pdf](http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/105_3331_-una-averiguacion-de-principio-deantico-en-raaz-aristotalica-lagica-juradica-en-el-preambulo-del-siglo-xxi._Una_averiguacion[1].pdf).
- MARGADANT, G. F. (15 de septiembre de 2013). *Los Glosadores, Cap. IX, Biblioteca Jurídica Virtual*. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/553/11.pdf>.
- MARX, K. (16 de 2 de 2014). *Manuscritos de economía y filosofía*. Obtenido de <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/manuscritos/man3.htm>.
- SENECA. (3 de mayo de 2010). Obtenido de Seneca y el estoicismo. [http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/estudio01/sec\\_21.html](http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/estudio01/sec_21.html).
- ULPIANO, L. J. (4 de enero de 2014). Obtenido de CADRI archivos. <http://www.cadri.org/?p=577>.
- WAGNER, C. (20 de octubre de 2009). <http://sargonid.blogspot.com/2008/03/justicia-ley-y-legislacin.html>, . Obtenido de Justicia, ley y legislación.

WOLFF, C. (1 de octubre de 2011). *Bibliografía*. Obtenido de [http://www.biografiasyvidas.com/biografia/w/wolff\\_christian.htm](http://www.biografiasyvidas.com/biografia/w/wolff_christian.htm).