

“EQUIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD”^Y

por HÉCTOR EDUARDO SABELLI
(publicado en La Ley 2001-D, págs. 453-470)

SUMARIO: I. Introducción. - II. Clases de Equidad; a) La *epikeia* griega; b) La *æquitas* romana postjustiniana. - III. Equívoco terminológico. - IV. – La declaración de inconstitucionalidad; a) Inconstitucionalidad absoluta; b) Inconstitucionalidad relativa; c) Inconstitucionalidad de la interpretación. - V. - Los mecanismos de equidad en la declaración de inconstitucionalidad; a) La *epikeia* en la declaración de inconstitucionalidad de la interpretación de la norma; b) La *æquitas postjustiniana* en la declaración de inconstitucionalidad de la aplicación de la norma. - VI. Corolario.

I. Introducción

Estando Sócrates preso en la cárcel de Atenas, mientras esperaba la vuelta del navío que había partido con destino al santuario de Delos y a cuyo arribo se hallaba sentenciado que debía morir, sus amigos intentaban prepararle una fuga para salvar su vida. Un día antes del regreso de la nave, Critón acude a la cárcel para convencer a Sócrates de que debe fugarse a la brevedad, pues no queda tiempo. El mismo Critón y otros amigos tenían dinero preparado para sobornar a los guardias y estaban dispuestos a arriesgar sus fortunas y sus propias vidas para salvar la de Sócrates.

El intento es vano, pues el Maestro le explica afectuosamente que no le teme a la muerte y que no debe traicionar a las mismas leyes y a la república que tanto defendió durante toda su vida. Líricamente Sócrates plantea a su amigo que si él se evadiese de esa prisión y se encontrase en el camino con las Leyes y la República, no podría justificar honradamente su actitud ante los reclamos que estas le harían. Con razón las Leyes le reprocharían su traición, pues viola las leyes quien se evade del cumplimiento de sus sentencias. Y le recordarían que fueron ellas las que casaron a sus padres, le dieron comida y educación, y organizaron la patria a la que él tanto ama. Concluye entonces Sócrates en que no debe huir del cumplimiento de la sentencia condenatoria, y en que la única forma legítima de

^Y El presente trabajo tiene su origen en el preparado bajo el título “La equidad en el mecanismo de la declaración de inconstitucionalidad”, que obtuvo el 2º puesto en el “Premio al Joven Investigador” otorgado por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho durante las XIV Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social realizadas en Mar del Plata en octubre de 2000.

apartarse de lo dispuesto por la ley, es persuadir al Estado, *a través de los medios que la misma ley otorga*, de que lo justo por naturaleza conduce a una solución distinta.¹

No cabe, pues, apartarse sin más y de cualquier forma de lo dispuesto por las leyes cuando se observa que producen una injusticia o iniquidad, sino que debe recurrirse a los procedimientos que la misma ley prevé para obtener su inaplicación. Y si bien es cierto que el motivo de ese respeto profundo por la República y sus Leyes en la filosofía socrática y platónica, se debía a que esas Leyes tenían por objetivo conducir al ciudadano a la felicidad (haciéndolo un hombre virtuoso) y a la sociedad al ideal de Justicia (cumpliendo cada sector social la tarea que le corresponde virtuosamente), y que esa función no es la que, en general, actualmente se les reconoce a las normas jurídicas; también lo es que los operadores jurídicos somos conscientes que debemos mantenernos dentro del ordenamiento jurídico y sus mecanismos cuando consideramos que se debe inaplicar una ley, pues lo contrario afectaría los valores superiores de Orden, Paz, Seguridad y Justicia (todos los cuales en un sentido Platónico se encuentran englobados en la realización de la Justicia²).

La declaración de inconstitucionalidad se presenta como un instituto dirigido a esos efectos. Un juez o tribunal puede inaplicar una norma cuando la misma conduce a una solución notoriamente injusta o inequitativa³, recurriendo al ejercicio legítimo del control de constitucionalidad de leyes, mecanismo que se halla dentro del sistema jurídico vigente. De ese modo, se puede lograr la inaplicación de una ley injusta dejando a salvo la validez y coherencia del sistema jurídico en que nos desenvolvemos.

El presente trabajo indaga sobre la relación entre la Equidad y el Control de constitucionalidad, e intenta dar una respuesta en un camino que, por supuesto, sigue abierto. Actualmente los jueces utilizan la “declaración de inconstitucionalidad” tanto para inaplicar una norma a un caso como para declarar inválida la interpretación de una norma realizada por un tribunal inferior en grado; por otro lado, la equidad entendida como *epikeia* griega es un criterio para corregir, completar, normas legales conforme a la *ratio legis*, y la equidad en el sentido de la *aquitas* postjustiniana es un criterio para inaplicar normas legales por remisión a un valor superior. ¿Existe alguna relación entre estos institutos en nuestro moderno sistema jurídico? En principio, pareciera ser que sí, lo que justifica un análisis más detallado de la cuestión.

Conviene realizar algunas precisiones previas. En primer lugar, que me referiré a la “equidad” en las decisiones judiciales, y no en otros ámbitos de la vida social y jurídica (v. gr. como fuente de derecho en los casos de lagunas normativas, o de las decisiones de los árbitros extrajudiciales, o como justificación de la facultad de indulto presidencial⁴, etc.). En segundo lugar, que dentro de las decisiones judiciales me ocuparé solo de aquellas que declaran la inconstitucionalidad de normas o de la interpretación de normas.

¹ PLATÓN, *Critón*, Estrada, Buenos Aires, 1938, XII, pág. 78. Al día siguiente, luego de tranquilizar a sus amigos y dialogar con ellos sobre el destino del alma después de la muerte (*Fedón*), Sócrates bebe la cicuta y muere.

² CUETO RÚA, Julio César, *Una Visión Realista del Derecho. Los jueces y los abogados*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 286.

³ En este sentido, la Corte Suprema Argentina ha sostenido en reiterada jurisprudencia que “no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, porque su consideración es uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación que se efectúa y su congruencia con el resto del sistema en que está engarzada la disposición que se trata de aplicar” (*Fallos*, 300:659), de modo que cuando su aplicación conduce a resultados opuestos al espíritu de la norma, o a soluciones notoriamente injustas, cabe arbitrar otra respuesta jurídica (*Fallos*, 302:1209; 303:248; 307:1018; entre muchos otros).

⁴ Sobre la aplicación de la equidad en este campo, puede verse YACOBUCCI, Guillermo, *La equidad en el derecho penal a través del indulto y la conmutación de la pena*, La Ley 1982-B, pág. 977.

Finalmente, es práctico advertir que muchas veces se incurre en confusiones y controversias porque se asigna al término “equidad” distintas acepciones⁵, con contenidos que difieren sustancialmente entre sí. Es usual que los autores no distingan esas diferentes acepciones, y se refieran a la “equidad” como si tuviera un único significado, suscitando las consecuentes confusiones. En este trabajo no me ocuparé de la “equidad” entendida como concepto abstracto similar a “lo justo”⁶, ni como fuente de derecho para cubrir lagunas legales⁷, ni como fundamento de un instituto jurídico (v. gr. fuente de obligaciones naturales)⁸, ni como criterio para interpretar normas oscuras o ambiguas⁹. Me limitare a trabajar sobre el concepto de equidad proveniente de la *epikeia* griega y el proveniente de la *aequitas* postjustiniana, en tanto ambos refieren a un mecanismo para decidir la solución justa de un caso concreto, y sólo en lo concerniente a la utilización de esos mecanismos en las decisiones judiciales que declaran la inconstitucionalidad de la aplicación de una norma o de la interpretación de una norma.

A fin de esclarecer el sentido de los términos fundamentales que utilizo en este trabajo, realizaré a continuación una breve caracterización de las clases de equidad desarrolladas históricamente (punto II). Dedicaré seguidamente un apartado a esbozar una explicación de las causas del equívoco al que usualmente se presta el término “equidad” (punto III). En el punto IV describiré someramente el instituto de la “declaración de inconstitucionalidad”, para luego entrar de lleno en la propuesta central de esta monografía (punto V), finalizando la exposición con un sucinto corolario (punto VI).

II. Clases de Equidad

Me ocuparé seguidamente de delimitar los conceptos de equidad que utilizaré a lo largo del trabajo. Creo que debe buscarse en los distintos desarrollos históricos de la idea de “equidad” el sentido que actualmente le damos a ese término en el mundo jurídico. Al respecto, señalo que, debido a que en este trabajo me ocupo sólo de la relación entre la equidad y la declaración de inconstitucionalidad, me detendré exclusivamente en los dos desarrollos históricos de mecanismos de equidad que considero que se utilizan en la declaración de inconstitucionalidad: la *epikeia* griega y la *aequitas* romana postjustiniana.

⁵ DE LA FUENTE, Horacio Héctor, “Principios Generales de la equidad”, en *VIII Congreso Iberoamericano y VII Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, tomo 2, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Buenos Aires, 1983, pág. 1217; GUIBOURG, Ricardo A., *La equidad en el Derecho del Trabajo*, en “Legislación del Trabajo”, tº XXIII, pág. 620; VERNENGO, Roberto J., *Sobre algunas funciones de la equidad*, La Ley, tº 155, pág. 1200.

⁶ Es en este sentido que VELEZ SANSFIELD escribió en la nota a los arts. 2567-2570 del Código Civil Argentino que “la equidad es la que debe dirigir la resolución de los jueces”.

⁷ El art. 16 del Código Civil Argentino consagra este sentido de equidad cuando dispone que en caso de carencia de norma directa o análoga, se resolverá por los principios generales del derecho “teniendo en consideración las circunstancias del caso”. Cfr. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, Buenos Aires, Perrot, 1975, Tº I, pág. 117. Por su parte, el Código Civil Egipcio de 1948 dispone en su art. 1º, párrafo 2, que “a falta de una disposición legal aplicable, el juez estatuirá según la costumbre y en su defecto según los principios del derecho musulmán. En defecto de esos principios, el juez tendrá recurso al derecho natural y a las reglas de la equidad”.

⁸ El art. 515 del Código Civil Argentino define las “obligaciones naturales” como aquellas “fundadas sólo en el derecho natural y en la equidad”.

⁹ El art. 24 del Código Civil Chileno y los arts. 10 y 32 del Código Civil Colombiano, mencionan como criterio para interpretar normas legales, oscuras o contradictorias a la “equidad natural”. En este sentido es muy interesante el Art. 21 del Anteproyecto del Código Civil Francés de 1948-1949, que dispone: “Si el sentido de una disposición legislativa es oscuro o ambiguo, el juez debe interpretarlo teniendo en cuenta el fin perseguido por el legislador, las necesidades sociales del momento y la equidad”.

Ello no implica desconocer otros desarrollos trascendentes de la idea de equidad, como la *Equity*¹⁰ inglesa o la *aquitas* romana clásica.

a) La epieikeia griega:

Es Aristóteles quien se ocupa en el mundo griego de conceptualizar definitivamente este sentido de la equidad.¹¹ Por cierto que la *epieikeia* aristotélica no surge de la nada; existe toda una tradición que madura y culmina en la compleja noción aristotélica. Así, por ejemplo, en Homero y en la tradición de la épica el término expresa un sentido cuasinormativo relacionado con cierta modalidad de la conducta apropiada. Se lee en la *Iliada* que Zeus le dice a Hera que *no espere conocer todos sus propósitos, pero lo que convenga que escuche, ningún otro hombre o dios lo conocerá antes*.¹² Allí el término usado es *epieikes akuomen*, con el significado de *lo que conviene saber o conocer*. Con similar sentido se encuentra en *Iliada* VIII, 431; XIX, 21; XIX, 147; y XXIII, 50; y en *La Odisea* II, 207; VIII, 389; XII, 382. En general, en esta etapa el valor locucionario de *epieikeia* tiene ya el significado cuasinormativo de lo apropiado o lo apropiado al deber, lo que es oportuno de manera objetiva.¹³ El uso del término fue evolucionando hacia el significado que finalmente le dio la filosofía aristotélica, y debe comprenderse dentro de ese desarrollo. Dos etapas claves de ese proceso son la sofística y la filosofía platónica, mas no nos ocuparemos de ellas en este trabajo, pues excede los objetivos planteados.¹⁴

Para el estagirita la equidad es una especie de la justicia, no mejor que la justicia en sí misma – como género–, pero sí mejor que otros tipos de justicia.¹⁵ Por eso dice que “lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia [pero] no que la justicia absoluta”.¹⁶

¹⁰ Sobre la “equity” anglosajona puede verse BLACKSTONE, W., “Procedimientos en las Cortes de Equidad según las leyes inglesas”, en *El rey, derecho a la corona; la familia real; los consejos y deberes del rey; prerrogativas en Inglaterra*; y CASTÁN TOBEÑAS, José, *La formulación judicial de derecho (Jurisprudencia y Arbitrio de Equidad)*, 2ª edición, Reus, Madrid, 1954, pág. 47 y ss.

¹¹ Si bien Platón había planteado el problema básico de que “la ordenación y la ley miran a las cosas en general aunque no alcancen en particular a cada una de ellas”, y que como los “casos se dan por miles, enteramente diferentes unos de otros [...] hay cuestiones que deben encomendarse a los tribunales” ya que “legislar sobre todos los casos graves y leves es, puede decirse, imposible”; no llega a formular el concepto de equidad. PLATÓN, *Las Leyes*, 875 D, 875 E y 876 A.

¹² HOMERO, *Iliada*, I, 545-547.

¹³ Todos los datos sobre la *epieikeia* pre-aristotélica me fueron acercados por el Dr. Joaquín Meabe, a quien quedo agradecido por ello.

¹⁴ Una adecuada comprensión de tema requeriría trabajar sobre la siguiente bibliografía: LIDDELL-SCOTT-JONES, *Greek English Lexicon*, Oxford, 1966, pág. 632; CHANTRAINE, Pierre, *Dictionnaire etymologique de la lengua grecque*, Paris, 1970, tomo II, pág 355; MEYER, L., *Handbuch der griechischen Etymologie*, Leipzig, 1901, tomo II, pág. 23; RADIN, Max, *Early Greeks Concepts of Equity*, en la revista “Mnemosyna Pappuolia”, Atenas, 1934, págs. 215 y sgts.; D’AGOSTINO, Francesco, *Epieikeia - Il tema della equità nell’antichità greca*, Milan, editorial Giuffre, 1973; AUTENRIETH, Georg *Homeric Dictionary*, actualizado por Robert P. KEEP, MacMillian & co. ltd., Londres, 1963, pág. 120; HIRZEL, Rudolf, *Agraphos nomos*, Leipzig, 1900; GRANT, A., *The Ethics of Aristotle*, Londres, 1885; GARUTI, G., voz Epieikeia en la *Enciclopedia Filosofica*, Firenze, vol II, 1967, col. 883; HERÓDOTO, *Historias*, II, 22; *Edipo en Colono* (sobre todo los versos 1126-1127); BEAUCHET, Ludovic, *Historie du Dropit Privé de la République Athénienne*, 4 tomos, originariamente publicado en París, 1897, por Chevaliers-Maresq et Cie, y reeditado en 1969 por la editorial Rodopi de Amsterdam; BONNER, R. y SMITH, G., *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, Chicago, 1930-1938, 2 vols.; DIELS, Herman y KRANZ, Walter, *Fragmente der Vorsokratiker*; diálogos socráticos de PLATÓN (*Apología*, *Hipias menor y mayor*, *Alcibíades mayor*, *Lisis*, *Cármides* y *Laques*) y la *Memorabilia* de JENOFONTE; HUART, P., *Le vocabulaire de l’analyse psychologique dans l’oeuvre de Thucydide*, París, 1968, el tema de la epieikeia en Tucídides en las páginas 80 y 473-474; PLATÓN, *El Político* y *Leyes* (para *El Político* conviene tener en cuenta sobre todo 294b en adelante y para *Leyes* 656c-657b, 739e, 757b-c, 797a-799b). Todas estas citas y referencias me fueron acercadas por el Dr. Joaquín Meabe, y serán desarrolladas en un trabajo futuro.

¹⁵ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Libro V, 10, 1137b 10. La edición utilizada es la editada por Gredos, traducción de Julio Pallí Bonet, Madrid, 1993.

¹⁶ ARISTÓTELES, *Ética...*, 1137b 25.

Las leyes están redactadas en forma general, y es correcto que así sea pues por su naturaleza están destinadas a abarcar la mayoría de los casos posibles. Ahora bien, la ley no ignora que esa es su naturaleza y es consciente que en algún caso singular puede llegar a disponer una solución injusta;¹⁷ situación esta que es inevitable “porque el yerro no radica en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, pues tal es la índole de las cosas prácticas”.¹⁸ Mas tal contrariedad no es insoluble, pues aplicando la *epikeia* –clase de justicia- se llegará a realizar la Justicia –como género- en ese caso concreto.

Atento, pues, a que “toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal”¹⁹, por ser situaciones que por sus circunstancias quedan fuera de la fórmula universal de la ley, debe corregirse esta omisión, “pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido”.²⁰

O sea que en esos casos, a los que podríamos catalogar como “difíciles”²¹, que por sus circunstancias excepcionales quedan fuera de la generalidad de los casos, cabe hacer una corrección de la norma mediante el mecanismo de la remisión al espíritu del legislador, a la *ratio* de la ley.²²

Por eso sostiene el estagirita que “tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta.”²³ De modo que se corrige la ley para **completarla** como lo hubiera hecho el legislador y aplicarla al caso.

Y aquí la célebre referencia a que la solución equitativa de un caso concreto es similar a la utilización de la regla de plomo por los constructores de la Isla de Lesbos, quienes la empleaban por ser flexible y adaptarse a la forma de los bordes de una piedra y así poder encontrar otra que encajase perfectamente con la ya colocada.

Más arriba he resaltado la palabra **completarla**, para señalar que la tan mentada “corrección” o “rectificación” de la ley, que se realiza a través de la *epieikeia*, tiene como fin hacer **más plena** la ley, completarla, reconstruirla en cierto sentido.²⁴

Finalmente, me ocuparé de una objeción que le atribuye ambigüedad a la teoría aristotélica expuesta. Así, se ha dicho que en la tesis aristotélica la equidad es equivalente, superior y contraria – todo ello a la vez- a la justicia legal general, y se ha expresado: “¿cómo entender entonces la tesis expresa en Aristóteles, de que la equidad es superior (mejor) que la justicia, por lo menos en lo que hace a la solución de los casos particulares?”²⁵ Entiendo que la confusión que a veces genera el pasaje que dice “lo justo y lo equitativo son lo mismo, y aunque ambos son buenos, es mejor lo equitativo”²⁶, se

¹⁷ ARISTÓTELES, *Ética...*, 1137b 17.

¹⁸ ARISTÓTELES, *Ética...*, 1137b 21.

¹⁹ ARISTÓTELES, *Ética...*, 1137b 15.

²⁰ ARISTÓTELES, *Ética...*, 1137b 24.

²¹ Para usar la terminología acuñada por Ronald DWORKIN en su célebre polémica con Herbert HART, en sus obras *Taking Rights Seriously* (Harvard, 1977) y *The Concept of Law* (Oxford, 1961), respectivamente.

²² Apunto que estos “casos difíciles” que se deben resolver aplicando la *epikeia*, son casos excepcionales; y que, como señala Hart, la práctica cotidiana del derecho consiste en la solución de casos fáciles, en los que los jueces no dudan en aplicar de manera rutinaria una norma prevista específicamente para un cierto tipo de hecho. HART, Herbert, *El concepto de derecho*, traducción de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, pág. 161-176; citado por César RODRÍGUEZ en su Estudio preliminar en *La Decisión Judicial. El debate Hart – Dworkin*, Siglo del Hombre Editoriales, Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 1997, pág. 69.

²³ ARISTÓTELES, *Ética...*, 1137b 27.

²⁴ Cfr. MAGGIO, Luis Anibal, *La epieikeia aristotélica y la equidad romana*, en Revista “Prudentia Iuris” N° 35, septiembre, 1994, U.C.A., Buenos Aires, pág. 129; quien sostiene que “el sentido de la *epieikeia* no sería el de modificar o rectificar la ley, sino el de hacerla extensiva a situaciones no contempladas [por la ley] en razón de su esencial abstracción, lo que implica necesariamente la concurrencia de un caso (siempre singular)” (pág. 133).

²⁵ VERNENGO, Roberto J., *Sobre algunas funciones de la equidad*, La Ley, t° 155, pág. 1202.

²⁶ ARISTÓTELES, *Ética...*, 1137b 13.

resuelve de la siguiente manera. Cuando Aristóteles dice que lo justo y lo equitativo son lo mismo, se refiere a lo equitativo como una especie de Justicia, y en ese sentido es claro que está en lo cierto, así como es cierto que un gato y un león son lo mismo –pues ambos conceptos refieren a la felinidad-. Y cuando sostiene que aunque lo justo y lo equitativo son buenos, es mejor lo equitativo, se está refiriendo a que lo equitativo –que es la corrección de la ley para resolver con justicia el caso concreto- es mejor que lo *justo legal* entendido como lo que manda la letra de la ley, así como podemos decir que aunque un gato y un león son felinos, el león es el gato que ruge mas fuerte.²⁷

b) La *aequitas* romana postjustiniana:

En el período de formación y apogeo de la jurisprudencia romana, la *aequitas* era entendida como el derecho inteligido en el caso concreto. Ahora bien, a mediados del siglo III de nuestra era, la jurisprudencia romana entra en un proceso de progresiva crisis, proceso en el cual se verá influenciada por distintas corrientes de pensamiento. Una influencia preponderante en esa transformación tuvieron las ideas morales provenientes de la tradición judeo cristiana.²⁸

Como consecuencia de ello, se observa un enaltecimiento social de virtudes como la *humanitas*, la *pietas* y la *benignitas*; virtudes estas que no tardarán en interferir en la depurada conceptualización del derecho elaborado por la jurisprudencia clásica.²⁹

La *aequitas* romana clásica muta, de esa manera, de contenido y pasa a convertirse en una atemperación del *ius*, en función de las reglas provenientes de la moral judeo cristiana. Este concepto generado hacia en año 250 d.C. entraña, a diferencia de la *epikeia* griega, la inaplicación del *ius*.

Correctamente se ha señalado que “la influencia de la concepción canónica imprimió a la equidad la función de instancia moderadora o atenuadora del rigor propio del derecho escrito”³⁰; y que en el derecho romano postjustiniano destacó “el sentido de la equidad canónica, impregnada del sentido de la caridad y sus aspectos de benignidad, moderación y misericordia”.³¹

Se refiere a este tipo de equidad Porcia, cuando en el Tribunal de Venecia defiende a Antonio: “Mas la piedad supera al cetro que domina, en el corazón del rey tiene su trono, atributo es de Dios mismo, y más al suyo se parece el poder terrenal si la piedad modera a la justicia.”³²

En lo que hace al mecanismo para la solución de un conflicto, la *aequitas* postjustiniana se diferencia de la *epikeia* griega en que aquí el juzgador no se remite al espíritu del legislador, o a la *ratio* de la ley, sino a unos valores que la sociedad considera superiores y que por ello deben ser preservados inaplicando la ley al caso, o atemperando su rigor. De manera que en este tipo de equidad, el juzgador expulsa a la ley del sistema para resolver ese caso concreto, por contrariar esa ley a normas o valores superiores.

²⁷ Utilizando el paralelismo propuesto, la frase aristotélica se podría comparar con esta: “Un gato y un león son lo mismo, y aunque ambos son felinos, ruge mas fuerte el león.” De todos modos no dejo de reconocer que el problema es, en cierta forma, insoluble, pues todas estas cuestiones se prestan a estos malentendidos porque estamos trabajando con distintas traducciones de una lengua muerta.

²⁸ RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “Derechos previsionales, emergencia social y equidad”, en Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (Coord.) *Los derechos individuales ante el interés general*, Ábaco, Buenos Aires 1998, págs. 240-242.

²⁹ D’ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1986, págs. 96 y 97; y DE LOS MOZOS, José L., “Derecho y Equidad”, en *Metodología y ciencia del derecho privado moderno*, Edersa, Madrid, 1977, pág. 324; citados por RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, *ob.cit.* en nota 28, pág. 242.

³⁰ ZULETA PUCEIRO, Enrique, *Teoría del Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 76.

³¹ ZULETA PUCEIRO, Enrique, *idem* nota anterior, pág. 89.

³² SHAKESPEARE, William, *El Mercader de Venecia*, traducción de Manuel Angel Conejero y Jenaro Talens, edición del Instituto Shakespeare, 5ª edición, Madrid, 1998, pág. 141.

III. Equívoco terminológico

Es probable que la persistente confusión que genera la cuestión de la equidad entre la doctrina se deba, básicamente, a dos factores vinculados al término que se utiliza: por un lado i) la utilización del término *epikeia* en dos sentidos en la obra aristotélica, que es –históricamente- la más trascendente obra sobre el tema, y por otro ii) la raíz etimológica del término “equidad”.

En cuanto a la primer cuestión, Aristóteles utiliza en diversos pasajes de su obra el término *epikeia* con dos sentidos distintos. En algunos pasajes la utiliza laxamente, en un sentido amplio. Así, en la “Retórica” sostiene que “ser indulgente con las cosas humanas es también de equidad”³³; y en el Libro VI de la “Ética Nicomaquea” dice: “La cualidad que podríamos llamar consideración, atendiendo a la cual decimos que ciertos hombres que son considerados y que muestran tener indulgencia, no es otra cosa que el recto juicio de lo equitativo. La prueba es que del hombre equitativo decimos ser mas que todos indulgente y la equidad la entendemos como la indulgencia en ciertas circunstancias.”³⁴

Mas cuando utiliza el término en su acepción estricta se refiere a la noción que hemos explicado en el punto II.a). En sentido estricto la *epikeia* es la acción de rectificación de la *nomos*³⁵; se trata de una forma de justicia que consiste en la rectificación de la ley por remisión al espíritu del legislador, cuando ésta, en razón de su natural generalidad, produciría una injusticia si fuese aplicada literalmente al caso concreto. Es éste último concepto de *epikeia* el que hemos venido utilizando en este trabajo.

Respecto a la segunda cuestión, y como se señala en el Diccionario de la Lengua Española³⁶, la palabra “equidad” proviene etimológicamente del término latino *aquitas*, el que a su vez es una derivación de *aquus*, que significaba “igual”³⁷. Es por ello que para los romanos la *aquitas* refería a la “igualdad”, y era utilizada como sinónimo de *ius*. Así puede observarse, por ejemplo, en la ley 66, Tit. 17º, Libro 50 del Digesto, y en las famosas palabras de Cicerón: *ius civile est aquitas constituta*.³⁸

Ahora bien, obsérvese que es ésta acepción romana de *aquitas* la que informa al término castellano “equidad”. Y que éste término es utilizado, a su vez, para traducir la palabra griega *epikeia*, que como se explicó tiene otro sentido. Pensamos que la confusión que usualmente se genera en la doctrina sobre el sentido y alcance de la equidad, se debe en gran medida a que hemos elegido en todos los idiomas de raíz latina la palabra “equidad” - “equity” - “equità” - “équité”, que tiene su raíz etimológica en un término romano, para traducir una palabra griega que no representa el mismo concepto.³⁹

Se ha sostenido que la etimología del término latino *aquitas* proviene del griego *epieikeia*.⁴⁰ No comparto esa apreciación pues los conceptos de *aquitas* y *epieikeia* responden, como se explicó, a prácticas judiciales distintas. Y desde un ángulo filológico cabe resaltar lo siguiente: el prefijo *epi* de *epieikeia* tiene muchos significados, aunque principalmente el de *sobre, encima* (epidermis, epígrafe); del significado local se pasa al temporal de *luego, después* de (epígono, epílogo) y de allí al de *añadidura, agregado* a (epíteto). En todos estos significados está ínsito el de llenar, complementar, suplementar,

³³ ARISTÓTELES, *Retórica*, traducción de E. Ignacio Granero, Eudeba, Buenos Aires, 1966, 1374a 25.

³⁴ ARISTÓTELES, *Ética...*, Libro VI, 11, 1143a 15-20.

³⁵ SCHIAVO, Carlos Alberto, *Doctrina Aristotélica de la equidad*, La Ley, Suplemento Actualidad, 26/08/1999.

³⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, décimonovena edición, Madrid, 1970.

³⁷ *Diccionario Ilustrado Latino-Español, Español-Latino*, sexta edición, Spes, Barcelona, 1968, pág. 17.

³⁸ Palabras de CICERÓN citadas por SCHIAVO, Carlos Alberto, *ob. cit* en nota 35.

³⁹ En similar sentido, señalando que no es correcto traducir *epieikeia* como “equidad”, MAGGIO, Luis Anibal, *La epieikeia aristotélica y la equidad romana*, en Revista “Prudentia Iuris” N° 35, septiembre, 1994, U.C.A, Buenos Aires, pág. 129.

⁴⁰ MASSINI, Carlos Ignacio, *Sobre el Realismo Jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, pág. 79, con cita de TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, II-II, q. 120, a. 2.

hacer más pleno, continuar hasta agotar algo.⁴¹ El elemento *eik* del medio de la palabra corresponde a la raíz del sustantivo griego *eiko* o *eikon*, con el sentido de “semejanza”.⁴² Con lo que, si bien es cierto que las palabras *epikeia* y *aquitas* derivan de otras que indican semejanza o igualdad (*eiko* y *aquus*, respectivamente), ello no implica que la palabra latina derive de la griega, sino que, a lo sumo, podrían tener una etimología indoeuropea común, tan desconocida como esa hipotética lengua madre. No es improbable esta tesis pues en todas las culturas la idea de justicia, y consecuentemente sus distintos desarrollos, tiene una base en la idea de igualdad.

Por otro lado, el fonema “qu-” es inexistente en griego y en otras lenguas indoeuropeas antiguas; por eso *aquus* no puede derivar de *eiko*: los romanos nunca abrían añadido un sonido a una palabra tomada del griego, ni le habrían cambiado un fonema simple como “k” por otro más complicado como “qu”; siempre transcribieron las palabras griegas con mucha fidelidad; incluso cuando tenían un fonema parecido al latino pero distinto, como “ph” que se parecía a “f” pero se pronunciaba bilabial, lo transcribieron fielmente: v. gr. *philosophia*, y no filosofía.

IV. La declaración de inconstitucionalidad

La declaración de inconstitucionalidad es el instituto que utiliza el juez o tribunal habilitado constitucionalmente para ejercer el control de constitucionalidad, a fin de **inaplicar** una norma al caso concreto que debe resolver⁴³, o declarar la **interpretación constitucional** de la norma que debe ser aplicada al caso, a los efectos de arribar a una solución constitucional (que es la solución justa). En ciertos sistemas esa declaración de inconstitucionalidad producirá, además, efectos *erga omnes*.⁴⁴

⁴¹ Cfr. MAGGIO, Luis Anibal, *La epieikeia aristotélica...*, pág. 132.

⁴² Respecto de esta hipótesis filológica Maggio ha sostenido que “*epi-eikes* equivaldría a *lo conveniente* por semejanza; es decir, la conveniente resolución del caso a semejanza de lo que hubiere resuelto el legislador, cubriéndose de esta forma la insuficiencia de la ley”; *idem* nota 39.

⁴³ En los sistemas en que esa decisión se circunscribe sólo al caso sentenciado, se dice que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos *inter partes*. El ejemplo clásico es el sistema jurídico norteamericano, pero se pueden citar muchos otros, como el argentino y el rumano. Este último presentaba en su Constitución de 1922/23 la particularidad de indicar expresamente en su Art. 103, respecto del Tribunal de Casación –órgano competente para expedirse sobre la constitucionalidad de las leyes-, que “sus fallos en la materia se limitan estrictamente al caso juzgado”.

⁴⁴ Es el caso de El Salvador, en el que el art. 183 de su Constitución dispone que las declaraciones de inconstitucionalidad que realice la Corte Suprema de Justicia tendrán efecto *erga omnes*. También Venezuela, que en los arts. 119 y 120 de su Ley Orgánica (basándose en el art. 215 de la constitución de 1961) dispuso un “juicio de nulidad de los actos de efectos generales por razones de inconstitucionalidad”, en el cual, de hacerse lugar al recurso, “la Corte ordenará, además, que en el sumario de la Gaceta Oficial dónde se publique el fallo se indique, con toda precisión, el acto o disposición anulados.” En los sistemas de control de constitucionalidad por tribunales especializados también tienen efecto *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad, como en España, que en el art. 164 de la Constitución de 1978 dispone que las sentencias del Tribunal Constitucional deberán ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado, y “las que declaren la inconstitucionalidad de una ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.” Por su lado, el art. 100 de la Constitución de Grecia de 1975, establece que las decisiones del Tribunal Superior son irrevocables, y que “toda disposición legal declarada anticonstitucional caducará a partir de la publicidad de la decisión correspondiente o de la fecha que ésta fije”. También tiene una disposición parecida el art. 136 de la Constitución Italiana de 1947, el que establece que “cuando el Tribunal declare la ilegitimidad constitucional de una norma de una ley o de un acto con fuerza de ley la norma cesará de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la resolución. Se publicará la resolución del Tribunal y se comunicará a las Cámaras y a los Consejos regionales interesados a fin de que, si lo consideran necesario, procedan de acuerdo con los procedimientos constitucionales”.

Es claro que el ordenamiento jurídico de que se trate debe reconocerle *imperium* al juez o tribunal que declare la inconstitucionalidad para que éste efectivamente pueda *decidir* sobre la conformidad o no de una norma con la Constitución.

Como ha dicho Ferrajoli, “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera fuera su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución.”⁴⁵

En nuestras democracias modernas es precisamente en esta potestad jurisdiccional de control de constitucionalidad de las leyes, donde se basa la legitimación democrática de los jueces. Por eso se ha dicho que el juez “no podrá considerar la ley en forma acrítica o incondicionada sino sometida a la jerarquía constitucional, garantizando así los derechos fundamentales en ella consagrados. Allí radica sustancialmente el fundamento de la legitimación de la jurisdicción. Una legitimación que no es equiparable a la que proviene de la representación política, derivada de la voluntad mayoritaria, sino que concierne a la tutela de la intangibilidad de los derechos fundamentales consagrados. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial –dice nuestro autor– están garantizados a todos y cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, a partir de la función atribuida a los jueces, es que éstos ostentan su propia legitimación democrática.”⁴⁶

El mecanismo para realizar una declaración de inconstitucionalidad es el siguiente⁴⁷:

- i) interpretar las cláusulas constitucionales que controlan la cuestión planteada;
- ii) analizar la norma o acto presuntamente opuesto a las cláusulas constitucionales precedentes;
- iii) comparar las cláusulas constitucionales referidas con las normas o actos cuestionados; y
- iv) emitir un juicio de constitucionalidad o de inconstitucionalidad sobre las normas o actos objetados.

Quien realiza, pues, el juicio de constitucionalidad, debe ponderar si las normas o actos cuestionados concuerdan o no con los preceptos constitucionales en juego; esto es, si son *secundum constitutionem* o *contra constitutionem*.

a) Inconstitucionalidad absoluta:

Como sostiene Sagüés, la eventual incompatibilidad de un precepto subconstitucional (ley, decreto, resolución, etc.) con la Constitución, puede ser de tipo *absoluto* o *relativo*. En el primer caso la inconstitucionalidad es *insalvable* y *emergente en todo caso* en que se pretenda aplicar la regla subconstitucional. Son casos de oposición intrínseca entre las dos reglas, como, por ejemplo, si una provincia impone tributos al tránsito por ella de personas o bienes.⁴⁸

No debe confundirse la **inconstitucionalidad absoluta** de una norma con el efecto *erga omnes* que en algunos ordenamientos tienen las sentencias de los Tribunales Superiores. El efecto *erga omnes* de una sentencia hace a la cualidad *derogatoria* de la norma reputada inconstitucional, que tiene esa decisión (sistema opuesto al que otorga efectos *inter partes* a la sentencia, en los que no se deroga la norma, sino que sólo se la inaplica al caso en estudio), en tanto que la inconstitucionalidad absoluta hace a la “naturaleza” de esa inconstitucionalidad. Vale decir, que aún en aquellos ordenamientos jurídicos que sólo otorgan efectos *inter partes* a las sentencias de sus tribunales, pueden dictarse inconstitucionalidades que por su naturaleza son absolutas.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, *El derecho como sistema de garantías*, en “Justicia Penal y Sociedad. Revista Guatemalteca de Ciencias Sociales”, III, 5, agosto, 1994; citado por CÁRCOVA, Carlos María, *Derecho, Política y Magistratura*, Biblos, Buenos Aires, 1996, pág. 139.

⁴⁶ CÁRCOVA, Carlos María, *ob. cit.* en nota 45, pág. 139 y 140.

⁴⁷ Sigo en esto el esquema de SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, tomo 2, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1992, págs. 89 y ss.

⁴⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Recurso Extraordinario*, tomo 2, pág. 143.

Graficaremos lo explicado con algunos ejemplos jurisprudenciales. El 27 de noviembre de 1986 la Corte Suprema Argentina dictó sentencia en la causa “Sejean c/ Sejean”⁴⁹. En esa decisión la Corte resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393 (de Matrimonio Civil), en cuanto esta norma disponía la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

Del estudio del fallo surge que la Corte realiza un análisis de la constitucionalidad del art. 64 de la ley 2393, con abstracción de los hechos de la causa. Vale decir, la Corte analiza el artículo cuestionado y su conformidad o no con la Constitución, sin que ese análisis se encuentre afectado particularmente por las circunstancias del caso.⁵⁰ Los votos de mayoría sostuvieron que el art. 64 de la ley 2393 violaba la garantía de la igualdad consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional, pues conducía a la existencia paralela de familias legítimas, jurídicamente reconocidas, y familias ilegítimas que no tenían la misma jerarquía legal. Asimismo, la norma cuestionada violaba también el “derecho a la dignidad”, el que se halla dentro de los derechos no enumerados del art. 33 de la Constitución Nacional. En definitiva, la mayoría del tribunal encontró al artículo referido viciado de una inconstitucionalidad que es absoluta porque en todos los casos que se presenten relacionados con la aplicación de esa norma, se presentará esa inconstitucionalidad. Es así que, aunque en el caso “Sejean c/ Sejean” la decisión tuvo efectos *inter partes*, la naturaleza de la declaración de inconstitucionalidad que allí se hizo es absoluta.⁵¹

Otro ejemplo de inconstitucionalidad absoluta es la sentencia 91/98 de la Corte de Arbitraje de Bélgica, donde se dijo que “es contrario a los principios constitucionales de igualdad y de no discriminación (arts. 10 y 11), la norma que limita el número de estudiantes extranjeros computables para el financiamiento de los estudios, al 2 % como máximo del número total de estudiantes belgas inscriptos en un determinado establecimiento de enseñanza artística superior, y que establece el pago de un derecho de inscripción complementario a dichos alumnos extranjeros.”⁵²

b) Inconstitucionalidad relativa:

La inconstitucionalidad “relativa” se manifiesta cuando una norma legal lesiona *en algunos casos* a una regla constitucional, y *en otros no*. Según varíen las circunstancias de cada caso, la norma legal perjudica o no perjudica la supremacía de la Constitución.

Es esclarecedor el ejemplo citado por el profesor rosarino: “el caso del art. 276 de la ley de contrato de trabajo, modificado por la ley 21.927, norma que imponía como método de ajuste por depreciación monetaria en los créditos laborales al índice del peón industrial. En ciertos períodos, tal índice producía una actualización razonable, al guardar una correspondencia relativa (y, en ciertas hipótesis, hasta resultar más beneficioso para el trabajador) respecto del índice de precios al consumidor, usualmente llamado ‘costo de vida’. Para otros meses, en cambio, el indicador del peón industrial se atrasaba sensiblemente en cuanto al indicador del costo de vida, y allí causaba perjuicio, por acarrear una indexación infraresarcitoria al dependiente, afectando así al art. 14 *bis* de la Const. Nacional, además del art. 17 (derecho de propiedad).”⁵³

⁴⁹ “Sejean c/ Sejean”, La Ley, 1986-E, pág. 647.

⁵⁰ Tanto es así que, como lo señala el juez Caballero en el considerando 12, la Corte decidió considerar el planteo “dado el grado de avance procedimental y a mayor garantía del requirente”, pero difícilmente podía sostenerse que en ese expediente hubiese “causa”, pues faltaba la “contradicción” necesaria para que exista una “controversia”, requisito fundamental que exige el Art. 100 de la constitución Argentina (actual 116).

⁵¹ No entro a realizar un análisis del tema de fondo del fallo, ni de lo acertado o no de su decisión, pues excede el ámbito de este trabajo. De todos modos, no puedo dejar de señalar que, en lo personal, mi postura al respecto es totalmente coincidente con la disidencia del juez Belluscio.

⁵² Corte de Arbitraje de Bélgica, sentencia del 15/07/1998, 91/98, *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 2, pág. 210.

⁵³ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Recurso Extraordinario*, tomo 2, pág. 144.

La Corte Suprema Argentina reconoció esa inconstitucionalidad relativa del art. 276 de la ley de contrato de trabajo, en el fallo “Valdez c/ Cintioni”⁵⁴, donde dijo que “el legislador tiene la facultad de establecer el criterio que estime adecuado a la realidad para la actualización de los créditos laborales, pero las cambiantes circunstancias pueden hacer que la solución legal –no ostensiblemente incorrecta, tal vez, en su inicio- se torne irrazonable y la norma que la consagra devengue así indefendible desde el punto de vista constitucional”; motivo por el que declaró la inconstitucionalidad relativa de esa norma.⁵⁵

También es un caso de inconstitucionalidad relativa el que ocupó a la Suprema Corte de Justicia del Uruguay en relación con el art. 81 de la ley 13.292 –que disponía que, en los juicios por desalojo, “no se dará curso a ninguna excepción ni se admitirá recurso alguno” sin la previa consignación de los alquileres devengados-, la que “dictó un gran número de fallos declarando la inaplicación y, otras veces, la aplicación del art. 81, en función de las disposiciones constitucionales pretendidamente violadas por dicha disposición.”⁵⁶

En Francia, la Corte de Apelación de Poitiers resolvió en la causa “Me X... c/ le procurer général près la cour d’ appel de Poitiers”, un caso que entiendo se presentaba como una inconstitucionalidad relativa.⁵⁷

En síntesis, hay inconstitucionalidad relativa cuando “la misma ley, aplicada a una relación jurídica específica, produce un resultado constitucional; pero efectivizada en otra, acarrea una respuesta inconstitucional.”⁵⁸

c) Inconstitucionalidad de la interpretación:

La Corte Suprema Argentina tiene dicho que la interpretación de cualquier norma “debe practicarse de modo que concuerde con los principios, derechos y garantías consagrados por la Constitución Nacional.”⁵⁹

La declaración de inconstitucionalidad de la interpretación de una norma, tiene la manifiesta finalidad de salvar la validez de las normas en cuestión. Vale decir que “esas normas, entendidas con otro alcance posible son constitucionales.”⁶⁰

⁵⁴ C.S.J.N., *Fallos*, 301:319.

⁵⁵ Para el análisis de la invalidez relativa del art. 276 de la L.C.T. puede verse CAPÓN FILAS, Rodolfo Ernesto, *El nuevo Art. 301 de la Ley de Contrato de Trabajo*, Derecho del Trabajo, tº XXXVI, 1976, pág. 131; PODETTI, Humberto A., *La declaración de inconstitucionalidad parcial del artículo 276 de la L.C.T.*, Trabajo y Seguridad Social, tº VI, 1979, pág. 271.

⁵⁶ BERRO ORIBE, G., *La reciente modificación del Art. 81 de la Ley 13.292*, en “Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”, Tomo 63, Número 7, Montevideo, pág. 152.

⁵⁷ “El art. 192 del decreto del 27 de noviembre de 1991 que establece como principio que ‘los debates ante el consejo de la Orden (de abogados) no son públicos’, establece una regla que contraría, de manera manifiesta, al proclamado por el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos que, como todo tratado internacional firmado por Francia, prima, evidentemente, sobre un simple decreto. Al reglamentar el procedimiento disciplinario reservado a los abogados, el legislador francés ha tendido, sin ninguna duda, a formular el principio de puertas cerradas para evitar los riesgos de desborde exterior y salvaguardar la confidencialidad que debe acompañar a los litigios tratados por los abogados, en el interés de éstos y de sus clientes. Sin embargo, las disposiciones del art. 192 cit. deben ser analizadas, prioritariamente, con vistas a los intereses de la justicia y, en primer lugar, respecto de los derechos de defensa. El abogado acusado disciplinariamente puede, de manera legítima, considerar, según el caso, que los elementos de su causa serán mejor juzgados a puertas cerradas o, en caso contrario, en debates públicos.” Corte de Apelación de Poitiers, Sala 1ª, sentencia del 03/10/1994, causa “Me X... c/ le procurer général près la cour d’ appel de Poitiers”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l’ Homme*, Ed. Bruylant, Bruselas, N° 29, enero 1997, pág. 135.

⁵⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 228.

⁵⁹ C.S.J.N., *Fallos*, 242:128; 250:427; 307:146.

Así, la Corte Argentina ha declarado en algunos casos que la interpretación de la norma en cuestión realizada por el tribunal inferior en grado, es constitucional (respecto del art. 25 de la ley 4.531)⁶¹; y en otros casos, que la interpretación hecha es inconstitucional (respecto de la ley 12.296).⁶² En este último fallo se dijo que la inteligencia atribuida a la ley 12.296, con arreglo a la cual se había incluido en un embargo, calificándolos como bienes de lujo, los que integraban el ajuar modesto de la casa de familia del trabajador, era incompatible con las disposiciones constitucionales que garantizan el derecho al bienestar del trabajador y la protección de la familia.

Si bien en algún momento Imaz y Rey sostuvieron que la doctrina de la “inconstitucionalidad de la interpretación” era oscura⁶³, lo cierto es que, como señala Lugones, no existe tal oscuridad. No presenta confusión alguna el hecho de que la Corte declare que una determinada interpretación de una norma es inconstitucional, ya que se deja abierta la posibilidad de realizar otras interpretaciones viables (constitucionales) –si es que la misma Corte en el fallo no establece una interpretación constitucional de esa norma-. Y por otro lado, la doctrina de la “interpretación constitucional” se condice perfectamente con el principio hermenéutico conforme al cual se debe, en lo posible, preservar la subsistencia de la norma en cuestión.⁶⁴ Por eso ha dicho la Corte Argentina que siempre que lealmente sea posible una interpretación de la ley concordante con la Constitución, debe preferírsela, en lugar de aquella interpretación de la norma que la contraponga a la Ley Suprema⁶⁵; ya que la declaración de inconstitucionalidad es la *última ratio* del ordenamiento jurídico, y ejemplifica un extremo de gravedad institucional.⁶⁶ De ahí que sólo se recurra a ella cuando no se puede encontrar una “interpretación constitucional” de la ley.⁶⁷ Pues “toda vez que respecto de una ley quepan dos interpretaciones posibles, ha de acogerse la que preserva, no la que destruye.”⁶⁸

La Corte Constitucional de Polonia señaló, en la causa K.7/96, cual era la interpretación constitucional de una norma del Código Penal polaco que dispone que la remuneración que un preso recibe por su trabajo se calcula sobre la misma base que la de todos los otros empleados, a menos que el interno acepte trabajar por un salario menor. El Comisionado para la Protección de los Derechos Civiles, sostuvo ante ese tribunal que esa disposición violaba los principios constitucionales de igualdad y justicia social, así como el de que la remuneración debe ser proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, ya que preveía condiciones de remuneración menos ventajosas para los prisioneros que para el resto de los empleados. El alto tribunal polaco sostuvo que “la norma cuestionada es válida, *en la medida en que no se interprete que autoriza a los empleadores a pagar a los prisioneros un sueldo inferior al mínimo establecido por la ley*”⁶⁹ (la cursiva es nuestra).

En síntesis, una exégesis opuesta a la Constitución, de una norma conforme a la Ley Suprema, es una interpretación inconstitucional, y puede ser cuestionada validamente. En ese caso, el interesado no está objetando a una norma, sino a un acto de la autoridad judicial o asimilada a tal (la sentencia o resolución del caso) que interpreta a la norma de manera opuesta a la Constitución.⁷⁰

⁶⁰ STROHM, Erick, *Sentencias Inconstitucionales*, Jurisprudencia Argentina, tomo 1954–III, sección doctrina, pág. 12. A título anecdótico refiero que se cuenta que Erick STROHM era el seudónimo bajo el que se ocultaba la figura de Esteban IMAZ.

⁶¹ C.S.J.N., *Fallos*, 124:395.

⁶² C.S.J.N., *Fallos*, 229:457.

⁶³ IMAZ, Esteban y REY, Ricardo, *El recurso extraordinario*, 2º edición, Nerva, Buenos Aires, 1962, págs. 168-172.

⁶⁴ LUGONES, Narciso Juan, *Recurso Extraordinario*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 126.

⁶⁵ C.S.J.N., *Fallos*, 200:187.

⁶⁶ C.S.J.N., *Fallos*, 264:364; 288:325; 290:83; 292:190; 306; 1597.

⁶⁷ C.S.J.N., *Fallos*, 242:73.

⁶⁸ C.S.J.N., La Ley tº 105, pág. 161; y La Ley tº 93, pág. 357.

⁶⁹ Corte Constitucional de Polonia, sentencia del 07/01/1997, causa K.7/96, Sitio de la Corte Constitucional de Polonia en *Internet*, <http://www.trybunal.gov.pl/>

⁷⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Recurso Extraordinario*, tomo 2, pág. 143.

IV. Los mecanismos de equidad en la declaración de inconstitucionalidad

No hace mucho se ha esbozado la idea de una relación entre la equidad y el control de constitucionalidad de las leyes, ya sea como “juicio de equidad”⁷¹ o como declaración de inconstitucionalidad propiamente dicha.⁷² Este trabajo se enrola en esa línea, pues sostengo que cuando un juez realiza una declaración de inconstitucionalidad, utiliza mecanismos que, históricamente, se generaron para explicar como se resuelve un caso de forma “equitativa”.

a) La *epikeia* en la declaración de inconstitucionalidad de la interpretación de la norma:

Si observamos el proceso mental que realiza el juez –explicitado en la sentencia-, cuando declara en un caso que la interpretación de una norma hecha por el tribunal inferior en grado, es inconstitucional, y procede a buscar otra interpretación de la norma que sea acorde con la Carta Magna, veremos que realiza las mismas operaciones mentales que las que realizaba un juez de la antigua Grecia cuando resolvía un conflicto aplicando la *epikeia*.

El juez que observa que la interpretación literal de una norma llevaría a un resultado inicuo -vale decir, injusto-, recurre, como paso siguiente en la búsqueda de una interpretación constitucional, al *espíritu del legislador*, del mismo modo que Aristóteles señalaba que, para resolver conforme a la *epikeia*, había que indagar que hubiese dispuesto el legislador si hubiera conocido el caso en observación.⁷³ Es por eso que en los casos en que los jueces declaran que una determinada interpretación de una norma es inconstitucional, y enuncian otra interpretación que sí es conforme con la Ley Fundamental, están aplicando el mecanismo propio de la *epikeia*.

Tenemos en la Argentina dos casos en los que, claramente, se ha procedido de esta forma. El primero de ellos es el caso “Saguir y Dib”⁷⁴, donde, en lo que nos interesa, la Corte sostuvo que una interpretación literal del art. 13 de la ley 21.541 era inconstitucional, pues conducía en ese caso a una solución notoriamente disvaliosa.⁷⁵

La Corte procede, entonces, a realizar una interpretación constitucional de la norma. Esta consiste en interpretar la norma armónicamente con la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional (considerando 2º), y recurrir al espíritu (del legislador) que movió a la sanción de la norma y al fin último por ella perseguido (considerando 7º del voto de los

⁷¹ RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “La interpretación del derecho de acuerdo a ‘equidad’ en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina”, en *Persona y Derecho*, Vol. 40, Universidad de Navarra, Pamplona, 1999, pág. 455.

⁷² MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *El juicio de equidad en el sistema jurídico argentino*, El Derecho, tº 83, pág. 853.

⁷³ “Pertenece a la equidad [...] el no mirar a la ley, sino al legislador, ni atender a la palabra, sino a la mente del legislador, no al hecho, sino a la intención, no a la parte, sino al todo...” ARISTÓTELES, *Retórica*, 1374 b, pág. 127.

⁷⁴ C.S.J.N., *Fallos*, 302:1284.

⁷⁵ Los padres de la menor Claudia G. Saguir y Dib, de 17 años, se presentaron ante la justicia en su representación solicitando se la autorice a donar uno de sus riñones a su hermano Juan Isaac, quien sufría de insuficiencia renal crónica terminal. En 1975 se le había transplantado un riñón de su madre, pero ese injerto fracasó con el correr del tiempo. A la época de la solicitud (1980) Juan sobrevivía gracias al tratamiento de hemodiálisis al que estaba sometido, pero su vida se hallaba seriamente comprometida si no se le injertaba un nuevo riñón a la mayor brevedad posible (según el dictamen de los médicos que lo trataban). El art. 13 de la ley 21.541 disponía: “Toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuere con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo.” El tribunal *a quo* había realizado una interpretación literal de la norma y, al constatar que Claudia Saguir y Dib no tenía los 18 años requeridos por la ley, denegó la autorización solicitada.

jueces Gabrielli y Rossi, y considerando 9° del voto de los jueces Frías y Guastavino). Vale decir, a la *ratio legis*. Procedimiento típico de la *epikeia*, como se explicó.

También señala la Corte la inescindible ligazón que hay entre el proceso de interpretación y las particulares circunstancias de la causa (considerando 6° del voto de los jueces Gabrielli y Rossi, y considerando 9° del voto de los jueces Frías y Guastavino), característica típica también de la *epikeia* griega.

Se podría decir, entonces, que el caso, que por sus particularidades no había podido ser previsto por el legislador, es resuelto por la Corte utilizando un mecanismo característico de la *epikeia*, declarando inconstitucional la interpretación que el *a quo* había realizado del art. 13 de la ley 21.541, y proponiendo una interpretación conforme con la Carta Magna.⁷⁶ De ese modo, resolvió autorizar a Claudia Saguir y Dib a donar uno de sus riñones para ser injertado en su hermano Juan.

La sentencia de la Corte Argentina en la causa “Vera Barros”⁷⁷ es el segundo *leading case* con el que ejemplificaré mi afirmación de que en la declaración de inconstitucionalidad de la interpretación de una norma, se aplican los mecanismos de la *epikeia*.⁷⁸

En “Vera Barros” la Corte, en el proceso de interpretación, realiza una *corrección* a la letra de la norma en cuestión, para perfeccionarla y poder aplicar al caso. Resalto el término *corrección* para diferenciarla de los ejemplos que daremos cuando nos ocupemos más abajo de mostrar como opera el mecanismo de la *aquitas postjustiniana* en las declaraciones de inconstitucionalidad de la aplicación de una norma, caso en el que no se realiza corrección alguna, sino que se *inaplica* la norma, se la saca fuera del sistema.

El art. 82, inc. 5°, de la ley 19.101 no contemplaba el caso de la Sra. Vera Barros, pues exigía para otorgar el beneficio de la pensión, el requisito de tener 50 años de edad al momento de fallecimiento de su padre. La Corte modifica la norma –aunque sea sólo para este caso concreto– para hacer entrar este caso dentro de los favorecidos con la pensión. Esta corrección de la norma se ve

⁷⁶ Interpretación que podríamos sintetizar de la siguiente forma: El Art. 19 de la Constitución Nacional dispone que todo lo que no está prohibido, está permitido; en ese orden de ideas, el art. 13 de la ley 21.541 “no prohíbe que si el dador tiene menos de 18 años se complete su falta de edad por el consentimiento de sus padres o la venia judicial” (considerando 7° del voto de los jueces Frías y Guastavino); por lo que debe interpretarse que los jueces se hallan habilitados a otorgar la autorización supletoria (si las circunstancias del caso lo ameritan) en los casos en los que les sea requerida.

⁷⁷ C.S.J.N., *Fallos*, 316:1025.

⁷⁸ La ley 19.101 había reformado el sistema de jubilaciones y pensiones del personal militar, derogando la ley 14.777. Entre las consideraciones que figuraban en el mensaje de elevación, se hacía referencia al nuevo rol de la mujer en la sociedad y a su gran inserción en el mercado laboral, motivos por los cuales no era necesario un régimen tan proteccionista como el de la vieja ley 14.777. El art. 82 de la ley 19.101, en su inciso 5°, disponía que: “Los familiares del personal militar con derecho a pensión, son: Las hijas nacidas dentro o fuera del matrimonio o adoptivas, que siendo solteras hubiesen convivido con el causante en forma habitual y continuada durante los diez años anteriores inmediatos a su deceso o baja, si en ese momento tuvieran cumplida la edad de cincuenta años.” La Sra. Vera Barros, hija soltera de un miembro de las Fuerzas Armadas, al fallecer su padre solicitó el beneficio de la pensión, pedido que denegado por el tribunal de segunda instancia por tener a la fecha 48 años de edad. La Corte resolvió conceder la pensión solicitada, por el voto de ocho de sus miembros con una disidencia. A su vez, la mayoría sentenció en dos votos concurrentes. En cuanto a los hechos, la Corte señaló que la recurrente no sólo había convivido con su padre durante los últimos diez años, sino que, desde 1970, “cuidó a éste de la enfermedad que padecía (arterioesclerosis cerebral), a la cual debe sumarse la pérdida progresiva de la visión. Dicha conducta, a la que debe agregarse (...) que, con anterioridad, y a raíz del fallecimiento de su madre, la peticionante debió abocarse al cuidado de sus hermanos menores, imposibilitó a ésta el desarrollo de actividades laborales ajenas a las específicas del hogar, lo que, a la postre, derivó en la imposibilidad de contar con una preparación adecuada para acceder al mercado de trabajo y en la dependencia económica respecto de su padre y hermanos” (considerando 8° del voto concurrente). En cuanto al derecho, sostuvo que la decisión del *a quo* demostraba “un excesivo apego a la letra de la ley” (considerando 6° del voto mayoritario), y que en la interpretación de las leyes previsionales el rigor de los razonamientos lógicos debe ceder a fin de no desnaturalizar los *finés* de orden alimentario que las inspiran (considerando 8° del voto mayoritario) (el resaltado en cursiva me pertenece).

justificada, en lenguaje de la Corte, para evitar una solución notoriamente disvaliosa, que por ser tal hubiese devenido inconstitucional.

La corrección a la literalidad de la norma es realizada remitiéndose al espíritu del legislador, y logrando de esta manera que el caso de la Sra. Vera Barros “ingrese” dentro de los casos comprendidos por la ley para otorgarles el beneficio de una pensión. Como se puede observar, es un clásico mecanismo de *epikeia*.

Por último, sostenemos que si bien en los dos casos reseñados el juzgador explicita su decisión de manera distinta, pues en “Saguir” se discurre acerca de las consecuencias disvaliosas de la aplicación literal de la norma y sobre como opera el principio de legalidad, en tanto que en “Vera Barros” se hace referencia explícita a la corrección de la norma, ambos casos son resueltos conforme los mecanismos de la *epikeia* griega. La diferencia sustancial con los ejemplos que daremos a continuación – declaraciones de inconstitucionalidad resueltas utilizando el mecanismo de la *aequitas postjustiniana*– radica en que en “Saguir” y en “Vera Barros” la norma en juego **es aplicada**, en tanto que en los siguientes ejemplos la norma en juego **es inaplicada**.

b) La *aequitas postjustiniana* en la declaración de inconstitucionalidad de la aplicación de la norma:

En los casos en que un juez declara inconstitucional una norma, la “inaplica” al caso. Se puede decir que la norma “sale” del sistema jurídico.

Para realizar esa operación el juez demostrará en su sentencia que la norma en cuestión era incompatible con otra norma de carácter superior o con la constitución misma. La norma reputada inconstitucional vulnera, pues, algún derecho o valor constitucional.

En este sentido, debemos recordar que la Constitución recoge los valores de la sociedad que la crea; valores que se van incorporando, incluso, a través del tiempo con las sucesivas reformas constitucionales.

En el Derecho Romano del siglo III, se aplicaba la *aequitas* cuando una norma o acto de la autoridad pública era contrario a alguno de los principios morales que la sociedad consideraba superiores. En la actualidad no necesitamos realizar consideraciones metasistémicas para buscar los valores a los que la sociedad considera superiores, porque esos valores se hallan plasmados en su constitución (y en muchas de sus leyes, por supuesto).

Finalmente, no debe olvidarse que esos “valores y [...] principios son *normas*, desde que normas son los textos en los cuales constan y quedan expresados.”⁷⁹

Cuando en nuestro moderno sistema jurídico un juez declara la inconstitucionalidad de la aplicación de una norma, por ser esta contraria a un principio, derecho o valor constitucional, está utilizando un mecanismo típico de la *aequitas postjustiniana*. Daremos dos ejemplos: las sentencias de la Corte Suprema Argentina en las causas “Iachemet” y “Decavial”.

En el caso “Iachemet”⁸⁰ la actora poseía 91 años de edad y era acreedora del estado por una suma superior a los \$ 30.000.-, crédito reconocido en sentencia firme. Ahora bien, la ley 23.982 (de consolidación de deudas del Estado) disponía –en lo que al caso interesa– la entrega de bonos públicos para cubrir este tipo de deudas (“deudas por diferencia de haberes, jubilaciones y pensiones”, art. 7 de la ley), los que serían recuperados por el gobierno en un plazo máximo de 16 años. Este sistema implicaba restringir en forma temporal el derecho de propiedad. En varios precedentes la Corte había sostenido que, a fin de paliar una grave crisis económica, el gobierno se hallaba legitimado a recurrir a este tipo de medidas.

⁷⁹ BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1996, pág. 326.

⁸⁰ CSJN, *Fallos*, 316:779, sentencia del 29 de abril de 1993.

La sentencia, firmada unánimemente por todos los jueces, dispuso “inaplicar” al caso de la Sra. Iachemet la ley cuestionada atento las especialísimas circunstancias del caso, pues al tener la actora 91 años de edad, darle a su crédito el tratamiento de consolidación instrumentado por la ley, importaría en los hechos la negativa implícita al pago.

La Corte indaga si la ley 23.982 prevé excepciones a favor de las personas de mayor edad, como la Sra. Iachemet, y halla una respuesta negativa. Ni siquiera recurriendo al espíritu del legislador se podría interpretar que en los casos de personas muy mayores, las deudas reconocidas en sentencia firme debieran ser abonadas en efectivo, pues la misma ley en su art. 7º, inc. a), al establecer el orden de prelación en el que se abonarán “las deudas por diferencias de haberes jubilatorios”, dispuso que “la prioridad de pago de esta categoría [...] se distribuirá entre los acreedores atendiendo en primer lugar a los de mayor edad”, lo cual indica, como concluye la Corte, “que estos últimos se encuentran explícitamente incluidos en las disposiciones de la Ley de Consolidación (considerando 9º). Afirmó la Corte que la ley 23.982 no se acomoda a la doctrina de la “suspensión temporal del derecho de propiedad”, ya que “resulta virtualmente imposible que la señora Iachemet, conforme el desenvolvimiento natural de los hechos, llegue a percibir la totalidad del crédito reconocido” (considerando 11º, párr. 4). Es por ello que concluye que “la aplicación al caso de autos de la ley 23.982 llevaría, no a una modificación del modo de cumplimiento de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, sino al desconocimiento sustancial de esta. En consecuencia, al no ser posible -sin forzar la letra ni el espíritu de la ley citada- efectuar una interpretación de ella que la haga compatible en el *sub lite* con la garantía del art. 17 de la Constitución, corresponde resolver que resulta acertado el pronunciamiento de Cámara en cuanto declara su inconstitucionalidad” (considerando 11º, párr. 6).

Lo que en este caso hicieron los jueces no fue, pues, remitirse al espíritu del legislador, sino comparar la ley cuestionada con la Constitución Nacional (art. 17, derecho de propiedad), y hallaron que, si bien la ley no era inconstitucional en sí misma, sí sería inconstitucional su aplicación al caso de la Sra. Iachemet. Es claro, entonces, que es este un caso de inconstitucionalidad relativa de una norma, en el que, justamente por esa inconstitucionalidad, se la inaplica al caso particular, procedimiento característico de la *aquitas postjustiniana*.

En la causa “Decavial”⁸¹ se discutía el monto de los honorarios del abogado interviniente. el monto del juicio era de \$ 14.061.573,14 y los honorarios del profesional ascendían a \$ 545.000 aproximadamente, de aplicarse la normativa vigente en la materia (leyes 21.839 y 24.432). La Corte, en sentencia de 5 de sus jueces en cuatro votos concurrentes, decidió inaplicar al caso el art. 13 de la ley 24.432 y regular honorarios por debajo del mínimo legal⁸². Los jueces Fayt y Nazareno remitieron a un fallo anterior (*Fallos* 320:495) y el juez López remitió a su voto en la sentencia de *Fallos* 320:495. En los votos de los jueces Boggiano y Vázquez se trasluce claramente la doctrina de la *aquitas postjustiniana*, pues resuelven inaplicar al caso la norma legal porque su empleo afectaría el principio superior de justicia.

En el considerando 1º del voto de Boggiano se lee que “corresponde practicar la regulación solicitada conforme a la importancia de la labor cumplida, sin sujeción a los límites mínimos establecidos en la ley arancelaria, ya que la aplicación estricta y llana de tales porcentuales ocasionaría – en el caso- una evidente e injustificada desproporción entre la importancia del trabajo efectivamente cumplido y la retribución que en virtud de aquellas normas arancelarias habría de corresponder (art. 13 de la ley 24432)”.

Por su parte, Vázquez sostiene que debe evitarse la desnuda aplicación de fórmulas abstractas que conduzcan a un resultado inicuo. Sostiene, en el considerando 4º de su voto, que “la solución justa no debe ser buscada a través de la fría formulación de silogismos, sino mediante una selección

⁸¹ CSJN, *Fallos*, 322:1537, sentencia del 19 de agosto de 1999.

⁸² Se regularon en \$ 150.000.-

axiológica que persiga la justicia del caso concreto”, y que “determinar la solución justa a la luz de la ley pero no únicamente a través de ella, sino atendiendo también al fin perseguido con su sanción más allá de cualquier imperfección técnica, a la realidad circundante en la que debe actuar, a su conexión con el ordenamiento jurídico todo, a su correspondencia con valores o principios socialmente aceptados, a las circunstancias fácticas de la causa, etc., constituye la más cabal realización del derecho”. Se percibe aquí una matización con la *epikeia* al referirse al espíritu del legislador, lo que demuestra que la realidad jurídica es más amplia y rica de lo que pueden sugerir los rígidos términos de una ley o de un tratado de doctrina. En ese mismo orden de ideas, Vázquez sostiene que “la aplicación de las pautas establecidas en la ley 21.839 para proceder a la regulación de los honorarios de abogados y procuradores, no puede hacerse en forma mecánica y sin procurar un resultado justo, pues este último y no otro es el que responde a su espíritu, siendo además el único que admite el ordenamiento jurídico positivo” (consid. 1°).

La Corte resuelve, pues, regular los honorarios del abogado interviniente sin sujeción a los límites establecidos en la ley arancelaria, pues de lo contrario se llegaría a una suma desproporcionada con la entidad del servicio prestado (son los honorarios de tercera instancia y la labor del abogado consistió en contestar el memorial), lo que afectaría el principio superior de justicia. De modo que, en este caso, el alto tribunal “expulsó” a la ley arancelaria fuera del sistema por aplicación de principios superiores de justicia, aplicando un mecanismo propio de la *aquitas postjustiniana*.

VI. Corolario

La problemática de la Equidad plantea la cuestión de sus relaciones con la seguridad jurídica y con la justicia; y la de una supuesta tensión entre estas. Sócrates proponía no apartarse de lo dispuesto por las leyes cuando observamos que producen una injusticia o iniquidad, sino que sostenía que debemos recurrir a los procedimientos que la misma ley prevé para obtener su inaplicación; debemos convencerla de que está equivocada a través de esos procedimientos. Ese respeto a la legalidad hace también al valor justicia, pues la tranquilidad que otorga al ciudadano el saber que las leyes se van a cumplir, hace a la estabilidad del sistema y consecuentemente, permite el progreso organizado y provechoso de la sociedad toda. La seguridad jurídica es un valor que integra el ideal de una sociedad justa, y su respeto contribuye globalmente a la realización de la “Justicia”. En este orden de ideas, la Equidad no violenta la seguridad jurídica. En primer lugar porque, como se explicó, no es un apartamiento arbitrario de la ley, sino un perfeccionamiento (corrección para perfeccionar, para hacer más plena) posterior de la misma para un caso concreto conforme los criterios del legislador (*epikeia*), o la inaplicación de la ley pero para aplicar otra superior (*aquitas postjustiniana*). Y en segundo lugar, porque estos casos son, por su naturaleza, excepcionales.

Hemos visto que lo inequitativo es injusto, y hemos identificado esos conceptos con lo inconstitucional. Identidad que, por otro lado, ya ha sido observada por otros autores⁸³ y por la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal.⁸⁴

⁸³ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Recurso Extraordinario*, tomo 2, págs. 109 y 202 y ss. “Como el texto de 1853/60 se propone *afianzar la justicia*, toda norma injusta es *a fortiori* inconstitucional [...] Sintetizando: si una norma es injusta, o viola el bien común, también se tiñe de inconstitucionalidad, en un Estado como Argentina”, SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Sobre el planteamiento de inconstitucionalidad de las normas, por parte de los órganos del estado*, E.D. tº 66, pág. 514; CASARES, Tomás D., “El orden de la Justicia y los recursos extraordinarios por inconstitucionalidad y arbitrariedad”, en *La Justicia y el Derecho*, Abeledo-Perrot, 3ª ed., Buenos Aires, 1997, págs. 235 y ss.; SANTIAGO (h), Alfonso, *La relación entre derecho natural y derecho positivo*, L.L. 1997-D-1099.

⁸⁴ C.S.J.N., *Fallos*, 271:130; 302:1611; 306:940; 306:1322.

Una interpretación injusta, inequitativa, en el sentido que esa interpretación conduce a una situación de injusticia, también es inconstitucional. Al respecto la Corte Suprema Argentina ha sostenido que son inconstitucionales aquellas interpretaciones que carezcan de sentido común⁸⁵ o que lleven al absurdo⁸⁶. Así, v. gr., una norma o una interpretación que establezca una *igualdad absoluta* entre dos grupos de personas sin considerar sus intrínsecas desigualdades, deviene inconstitucional por injusta.

Como conclusión de este trabajo, y en un camino que queda abierto, planteamos que existe una relación entre la Equidad y el Control de constitucionalidad; y que esa relación se da en la siguiente forma: cuando un juez o tribunal utiliza el instituto de la declaración de inconstitucionalidad, en los ordenamientos jurídicos en los que la misma procede dentro de una litis previamente planteada, utiliza el mecanismo de alguno de los tipos de Equidad desarrollados históricamente. Cuando realiza una declaración de *inconstitucionalidad absoluta o relativa de la aplicación* de la norma, utiliza el mecanismo del concepto de equidad proveniente del período *postjustiniano* de la *æquitas* romana. Cuando realiza una declaración de *inconstitucionalidad de la interpretación* de la norma, utiliza el mecanismo del concepto de equidad proveniente de la *epikeia* griega.

Lo propuesto no implica generalizar como casos de equidad *todos* los casos en los que se realiza una declaración de inconstitucionalidad, sino que tiene por objetivo señalar la relación que hay entre la Equidad y el Control de constitucionalidad, y a advertir que, en muchos casos, los jueces aplican mecanismos de equidad aún sin mencionarlo. Esas decisiones son decisiones de Equidad, y a la vez son decisiones que hacen al Control de constitucionalidad.

Conforme la exposición hasta aquí realizada considero que la equidad es ajena a las soluciones arbitrarias, y que su mecanismo permite buscar válidamente una solución *dentro* del sistema jurídico, sin incurrir en arbitrariedad y sin violar norma general alguna. Coincidimos en ello con Vernengo, aunque por distintas razones.⁸⁷ Para el distinguido profesor eso se debe a que las soluciones logradas mediante los mecanismos de equidad no responden a la ley sino a lo “conveniente” y no configuran precedente. No estamos de acuerdo con ello, pues del desarrollo previo surge claramente que son mecanismos de equidad los que aplican los jueces y tribunales cuando declaran la inconstitucionalidad de una norma o de una interpretación de una norma, y –lógicamente– estas decisiones judiciales sientan precedente, pues toda sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada deviene en precedente.⁸⁸ Y, como se ha señalado, “la particularidad de la equidad no excluye que su influencia se proyecte sobre los otros casos. La equidad será verdaderamente un requerimiento de justicia cuando pueda sostenerse la misma solución para casos análogos.”⁸⁹

Ello no socava la validez de las leyes y del sistema jurídico, sino que todo lo contrario, lo reafirma y asegura su trascendencia.⁹⁰

⁸⁵ Sobre el tema puede verse CASTIGLIONE, Julio César, *Derecho, Filosofía y Sentido Común*, UCSE, Santiago del Estero, 1999. También CSJN, *Fallos* 307:223.

⁸⁶ Es regla de la sana crítica “desechar toda interpretación que ha de llevar al absurdo, porque la intención del legislador, concorde con su misión, no puede ser otra que la de dictar disposiciones de acuerdo con la razón y el bien público, y atendiendo a los principios de equidad y justicia...” (CSJN, *Fallos* 111:339).

“La regla que impone la inteligencia estricta de las normas penales no excluye al sentido común en el entendimiento de sus textos, a fin de evitar un resultado absurdo que no puede presumirse querido por el legislador” (CSJN, *Fallos* 307:223).

⁸⁷ VERNENGO, Roberto J., *Sobre algunas...*, La Ley, tº 155, pág. 1202.

⁸⁸ CUETO RÚA, Julio César, *El Common Law*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 25.

⁸⁹ CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Comprensión iusfilosófica de la equidad*, E.D. tº 155, pág. 689.

⁹⁰ Para Vernengo la equidad es utilizada funcionalmente por los jueces para resolver casos donde la solución general de la ley mostrara notoriamente su *disfuncionalidad*. En este sentido la equidad es una “válvula de seguridad” que sirve para resolver el conflicto sin cuestionar la ley general. Entiende a la equidad, no como rectificación o complementación de la ley general, ni como justicia del caso concreto, sino como la solución “conveniente” u “oportuna” para resolver ese

conflicto, que hace a un lado la ley general en ese caso a fin de preservarla para el resto los asuntos. Este autor no coincide con el concepto que hemos dado de la *epikeia* aristotélica porque opina que de entenderse que la equidad es una rectificación de la ley general, se estaría aplicando una solución distinta de la que da la ley, atentando así contra el sistema jurídico y contra los valores de previsibilidad y seguridad jurídica. Ello no es así en la doctrina aristotélica, donde precisamente cuando se aplica la *epikeia*, se rectifica la ley para completarla y aplicarla al caso. La solución no se da fuera de la ley, sino dentro de ella; y de esta forma se refuerza la validez del sistema jurídico. Nos remitimos a las razones que hemos dado en el punto III.