

LA AEQUITAS COMO CONCEPTO RECTOR DEL MEDIEVO JURÍDICO SAPIENCIAL: UN ENFOQUE INTERPRETATIVO

Pablo J. Pedrazzi C.

SUMARIO: I. La aequitas y la epieikeia. II. La función de la aequitas en la construcción de un derecho científico. III. La importancia de la aequitas en la concepción de un orden jurídico objetivo: la praxis contractual. IV. Reflexiones finales.

I. LA AEQUITAS Y LA EPIEIKEIA

«*Paribus causis in quibus paria iura desiderat*»: en causas similares debe aplicarse un derecho similar, o como lo sintetiza Francisco Carpintero Benítez: «el derecho va a remolque de la equidad de los casos»¹. ¿Qué significa esta noción tan usada por los juristas del *mos italicus*? ¿Qué relación tiene con la experiencia vital del Medioevo entero que se refleja en la forma de entender y concebir el derecho? ¿Qué relación guarda, por otra parte, con la noción de un orden objetivo de las cosas?

Cuestiones urgentes, sobre todo, por lo malentendida que ha estado esta noción, y que, siguiendo los pasos de Francesco Calasso —el maestro— y de Paolo Grossi —el discípulo que supera al maestro porque ha sabido ver más cosas—, nos permite apreciar el significado más profundo del *ius commune* como aire fresco del que respira la Europa bajomedieval y del que tardará mucho en asfixiarse la Europa moderna a pesar de las alteraciones y revoluciones.

¹ *Historia del derecho natural. Un ensayo*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1999, p. 54.

La noción de la que nos ocupamos ha sido motivo de malentendimientos, de equívocos. Por ello, para comprenderla con claridad es necesario señalar lo que se ha dicho que es y que en realidad no es.

En el marco de la filosofía griega floreció el concepto de *epieikeia* que por su misma etimología nos sitúa por encima del derecho, de la norma general, no tanto por ser superior a ella o de mayor dignidad, sino porque actúa como correctivo de su rigidez al no ser capaz de prever todos los casos concretos. Atento a la mentalidad de su tiempo, Aristóteles concibe que lo equitativo: «es justo; y por otra parte, es mejor que lo justo no porque sea de otro género. Por tanto, lo justo y lo equitativo son lo mismo; y siendo ambos buenos, es, con todo, superior lo equitativo»². Ahora bien, si Aristóteles hablaba de que la *epieikeia* era una clase de justicia, es decir, que no se separaba de lo justo, pero, al mismo tiempo, era mejor que cierta especie de justicia, se debía a que se daba perfecta cuenta de que los preceptos contenidos en las leyes en cumplimiento de los cuales se origina la justicia legal, no podían comprender todos los casos y situaciones posibles: «... la ley toma en consideración lo que más ordinariamente acaece, sin desconocer por ello la posibilidad de error. Y no por ello es menos recta, porque el error no está en las leyes, ni en el legislador, sino en la naturaleza del hecho concreto, porque tal es, directamente, la materia de las cosas prácticas»³.

La epiqueya griega, por tanto, implica la preexistencia de un orden jurídico caracterizado por un conjunto de normas generales y abstractas. En efecto, la equidad que concibe el Estagirita es mejor que cierta especie de justicia, no de lo justo en absoluto, sino del error que resulta de aplicar la ley a casos que escapan de la consideración del legislador. Como asienta Carlos Ignacio Massini Correas en su exposición de la *epieikeia*: «en virtud... de la esencial generalidad de la ley y de la singularidad irrepetible del caso, es que aparece en ciertas

² *Ética Nicomaquea*, (Libro V, X), versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, 14ª ed, México, Porrúa, 1994, (colección Sepan Cuantos no. 70), p. 71.

³ *Idem*.

situaciones la necesidad de esa forma especial de justicia, la equidad, que... encuentra la correcta solución al caso concreto, aún contrariando el tenor literal de la ley escrita»⁴. La equidad aristotélica, ha visto el citado autor argentino, no significa el triunfo de una justicia material que atienda a la relación concreta, que busque una cierta igualdad entre cosas y personas, frente a una forzada justicia formal que sólo se preocupe de la actualización de los preceptos legislativos sin atender a los contenidos. Más bien, una noción de ley orientada al bien común a partir de los actos que postula y que no son otros que los propios de las distintas virtudes, lo que supone, por tanto, un ejercicio racional previo, como la que concibe Aristóteles, y en cuyo cumplimiento estriba la justicia legal, implica que: «en la generalidad de los casos, lo justo —que es siempre “material”— se logra con la adecuación a la ley, pero en otros para alcanzarlo, es preciso apartarse del sentido expreso en la misma, buscando la solución justa en la naturaleza de las cosas»⁵.

Santo Tomás de Aquino, en otros momentos tan vinculado al patrimonio de los juristas romanos y a los de su tiempo, cuando trata sobre la *epieikeia*, primero en sus Comentarios a la Ética y luego en la *quaestio* 120 de la *Secunda secundae* de la Suma Teológica, comulga enteramente con el Filósofo.

Para el Estagirita, lo hemos visto, la *epieikeia* es una especie de lo justo. Sin embargo, como observa Massini, no aclara en qué sentido es parte de la justicia⁶. Esta labor la realizará Tomás, al insistir en que la equidad es virtud porque, si bien, y aquí repite lo razonado por Aristóteles: «los legisladores atienden para establecer sus leyes a los datos ordinarios... puede suceder que alguna vez se equivoquen y atenten contra la justicia y el bien común, cuyo fomento intenta precisamente la ley»⁷. En esos casos, hay que atender a la naturaleza del

⁴ *Sobre el Realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978 p. 85.

⁵ *Ibid*, pp. 86-87.

⁶ *Ibid*, p. 82.

⁷ *Summa de Teología*, II-II, quaestio 120, art. 1 (versión bajo la dirección de Fr. Teófilo Urdanoz O.P.), Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, MCMLV, t. IX, p. 609.

caso concreto, y debe actuarse por encima de la letra de la ley, por ejemplo, si se ordena realizar el acto justo de devolver las cosas olvidadas a quien le pertenecen, no debe cumplirse si se trata de un demente que reclama el puñal abandonado y está preso de un ataque de ira. Una vez hecho este razonamiento, el Aquinatense concibe a la *epieikeia* como una «parte subjetiva de la justicia», es decir, como una especie de la misma en la que se concentra toda la esencia de la virtud, pero no con toda su universalidad ⁸. Por eso no se trata ni de algo diferente, ni algo superior a la justicia. Simplemente es la forma que debe asumir ésta ante un caso concreto donde resulta injusto y contrario al bien común la aplicación de la letra de la ley.

Ahora bien, demostrando como es cotidiano en su pensamiento, la fineza en las distinciones, el santo de Aquino especifica que la epiqueya puede ser parte de la justicia legal —y la principal— en caso que se le entienda como ajustamiento a la letra y al espíritu de la ley. En este sentido puede decirse que la virtud en comento es parte de la justicia legal y que ésta se encuentra dirigida por aquélla. Sin embargo, si por justicia legal sólo se entiende el ajustamiento a la letra de la ley, la epiqueya ya no será parte de la justicia legal, sino solamente de la justicia común y tendrá supremacía sobre aquélla. Lo que sí resulta claro es que en cualquiera de los dos supuestos, la epiqueya: «en sí misma es a su vez justicia (y) no es mejor que toda justicia» ⁹.

Adelantamos que en el tratamiento de esta virtud, Tomás no parece seguir a los juristas romanos, ni a los de su tiempo. Es más, cuando en el artículo primero de la cuestión 120, explica en su respuesta en qué consiste la *epieikeia* y por qué es virtud, la identifica con lo que: «entre nosotros se llama equidad» («*quae apud nos dicitur aequitas...*») ¹⁰.

⁸ MASSINI, *op. cit.*, p. 72.

⁹ *Summa...*, II-II, q. 120, art. 2, ad primum, ed.cit., p. 611, y ad secundum.

¹⁰ *Ibid.*, p. 609.

Y esto nos conduce a responder la cuestión inicial: ¿La *aequitas* romana y la de los juristas bajomedievales, esta última en pretensión de ser definida aquí, comulgan con la postura de Aristóteles, sobre la que profundiza santo Tomás? Antes de ensayar una respuesta, debe tenerse en cuenta que de existir diferencias no debemos ver razones de superioridad intelectual entre una u otra noción. Simplemente cambian las mentalidades y los contextos históricos. Y esto, precisamente, es lo que interesa aclarar aquí, a fin de entender la hondura de este concepto en el que se entrelazan los más diversos aspectos de la civilización medieval.

Ángel E. Lapieza Elli ha estudiado con seriedad esta dicotomía entre la *epieikeia* griega y la *aequitas* romana ¹¹, y ha señalado que la concepción de epiqueya tal como la entendieron Aristóteles y luego santo Tomás, se corresponde: «con una concepción abstracta de justicia y de un sistema normativo generalizante y rígido ... que necesita de una orientación correctiva para su adecuación al caso concreto, particular, pero, en cambio, no es afín al *ius* romano que, de un fondo consuetudinario, se desarrolla por la interpretación casuística de fluida adherencia a los hechos de la realidad y a las cambiantes valoraciones de la comunidad» ¹². De esta manera, al faltar un orden jurídico preponderantemente legislativo, estable, apriorístico, no puede hablarse de corregir el rigor de la norma general.

Es en este terreno donde en atención a «la naturaleza de las cosas», no sólo se puede, sino se debe hacer a un lado la letra de la ley que de aplicarse estrictamente al caso provocaría una injusticia e iría en contra del bien común. Se percibe, pues, que la noción griega en cuanto a su aplicación y justificación es posterior al *ius*, identificado con un orden jurídico riguroso y normativo. En cambio, la *aequitas* detenta una primacía temporal al *ius*, porque lo constituye, le da sentido. No por otra cosa, Cicerón definía al *ius civile* como: «*aequitas constituta*» ¹³. No

¹¹ «*Aequitas*», *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, no. 2, 1982, p. 113 y ss.

¹² *Ibid.*, p. 113.

¹³ *Ibid.*, p. 112.

puede negarse, asimismo, que los juristas romanos recibieron de la filosofía griega recursos lógicos para elaborar sus *responsa*. Sin embargo, la mentalidad pragmática de los juristas romanos que hasta bien entrado el siglo III d.C. concibió un orden jurídico flexible: «abierto a las transformaciones de la sociedad y a la riqueza de los diversos comportamientos posibles»¹⁴, no podía pensar en nada cercano a la *epiqueya*.

No debía ser de otra manera en el derecho romano clásico donde la actividad primordial de decir «lo justo» corría a cargo de los juristas, los cuales eran consultados por los particulares, los jueces y los magistrados. Las respuestas jurisprudenciales no solían contener «principios generales». Su método era casuístico y de «progresiva extensión analógica»¹⁵. Inclusive, si la *utilitas* lo exigía, se podía ir en contra de la *ratio iuris* general y dar lugar a un *ius singulare*¹⁶. Al estar claramente definidos los ámbitos de la *lex* y del *ius*, éste se encontraba en permanente contacto con los hechos, era flexible, dúctil, frente a las cambiantes situaciones sociales¹⁷.

De esta forma, la raíz latina *aequ* viene a ser sinónimo de igualdad, de parejura. El adjetivo *aequum* indica Lapieza, hace referencia a lo parejo, lo igual¹⁸. El sustantivo *aequor* designa: «el mar, la llanura, esto es, lo que presenta una superficie plana, sin accidentes»¹⁹. Vemos que la raíz *aequ* trascendió primero al contexto físico para más tarde pasar al psíquico. Para Plauto: «el popular autor teatral, *aequo animo* significa “con ánimo equilibrado, sin perturbaciones, preparado a medir, a apreciar las distintas vivencias”»²⁰. Posteriormente el adjetivo *aequum* es trasladado a la axiología cotidiana, siempre en el

¹⁴ LACLAU Martín, *La historicidad del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 21.

¹⁵ D'ORS Álvaro, *Derecho privado romano*, 6ª ed, Pamplona, España, EUNSA, 1986. p. 59.

¹⁶ «Es derecho singular el que, contra el tenor de la razón del derecho, ha sido introducido por la autoridad de los que lo constituyen, si causa alguna utilidad». *D.* 1, 3, 16.

¹⁷ D'ORS, *op. cit.*, p. 66 y ss.

¹⁸ *Art. cit.*, p. 114.

¹⁹ LACLAU, *op. cit.*, pp. 21-22.

²⁰ LAPIEZA, *art. cit.*, p. 114.

entendimiento de «parejura». Finalmente, el adjetivo llegó al lenguaje jurídico para indicar: «pareja retribución de proporcionalidad... adherencia a los hechos y circunstancias...»²¹.

Sólo bajo este entendimiento de lo *aequum* (lo equitativo) puede comprenderse cabalmente la conocidísima definición que Publio Juvencio Celso brindó sobre el *ius*, y que se recoge en el *Digesto*: «*ius est ars boni et aequi*», «el derecho es el arte de lo bueno y lo equitativo»²². Lo que Celso hacía no era definir el derecho objetivo, sino su misma actividad como jurista, su *ars*, que hace referencia a ajustar, arreglar, adecuar, articular. *Bonum* no era una noción que tuviera una connotación moral o metafísica. El término presentaba más bien un contenido utilitario, como el que puede tener un medicamento «bueno» para aliviar un resfriado o eliminar un dolor de cabeza. *Bonum* es tanto como *convenientia*, es decir, lo adecuado o útil para resolver una necesidad histórica en un caso concreto. La actualización de lo *aequum* sólo es posible si se atiende a este criterio de conveniencia o utilidad. Incluso, cuando Paulo define el derecho natural como aquello: «*quod semper aequum et bonum est*», «lo que siempre es justo y bueno», puede entenderse según algunos lo han hecho, como un derecho tan inmutable como el hombre mismo, sobre todo en atención a la referencia temporal —*semper*— de manera que se identificaría con los «primeros principios comunes de la razón práctica». Sin embargo, atentas las etimologías, si *aequum* significa: «lo que es proporcionado, acorde a las variables modalidades que ostentan los hechos concretos»; y *bonum* es lo conveniente para resolver adecuadamente, es decir, equitativamente un caso concreto, fácilmente comprenderemos que la noción pauliana es mucho más amplia

²¹ *Idem*.

²² D. 1, 1, 1. Celso perteneció a la jurisprudencia clásica alta, es decir, su labor se sitúa en el esplendor de la jurisprudencia jurídica romana coincidente con el primer siglo y medio de vida del Principado (30 a.C. al 130 d.C.), y destacó por el carácter polémico de sus disputas con otros juristas, especialmente con Sabino que fue maestro de Cayo Cassio Longino, fundador de la escuela Casiana de la que formó parte Juliano que junto con Labeón, a cuya escuela perteneció Celso (vástago de un jurista del mismo nombre), fueron los «dos juristas más importantes de la jurisprudencia romana». Cfr. D'ORS, *op. cit.*, pp. 74-76.

de lo que se cree, porque de acuerdo con las nociones *aequum et bonum*, el *ius naturale* adquiere un carácter histórico, situado en el ámbito de las situaciones objetivas variadas en las que se sitúan los hombres y las cosas ²³.

De hecho, en este sentido de paridad, parejura, entre situaciones objetivas, lo *aequum* es lo justo, y éste es equitativo. Faltaba la sustantivación del adjetivo. A lo *aequum* habría que agregarle el sufijo *itas*, que como remembra Lapieza: «da la idea de esencia o de universalidad» ²⁴. Por ejemplo, el adjetivo «humano» se sustantiviza en *humanitas*: «esencia de lo humano y universalidad de los hombres» ²⁵. *Aequitas* vendrá a ser la esencia de lo justo o la universalidad de todo lo justo. Por ende, el *ius* presupone la *aequitas*, y si siempre es lo bueno y lo equitativo, no se trata de un conjunto de normas inmutables, ni de un cierto número de principios generales. Precisamente, la *aequitas* reposa en el interior de las situaciones objetivas en las que se ubican los hombres. Esta proporción, este equilibrio, en el que consiste la *aequitas*, puede provocar nuevas interpretaciones jurídicas o hacer surgir instituciones novedosas. Por eso, lo justo, *iustum*, para los romanos no atiende a una virtud moral —*iustitia*—, sino a lo *aequum*. *Iustum*, en un primer momento significaba: «ajustado al *ius*» o lo que es lo mismo, que no carece de ninguno de los requisitos del *ius*, que en el derecho romano clásico es obra de juristas, de su *auctoritas*.

Hemos visto: la esencia de lo justo es lo equitativo. La *aequitas* como armonía, equilibrio, parejura, discernible a partir de las concretas relaciones humanas en donde están inmersos los sujetos y las cosas, es el pretexto para insinuar nuevas interpretaciones e incluso instituciones jurídicas novedosas. La armonía y equilibrio en que consiste esta *aequitas* que es fuente del *ius*, se encuentra en las situaciones efectivas, fácticas, en las que se ubican los hombres. Por eso, toda la labor del Pretor, magistrado que intervenía en el derecho clásico

²³ LACLAU, *op. cit.*, p. 22. La noción pauliana, recordemos, está recogida en *D.* 1,1, 11.

²⁴ *Art. cit.*, p. 116.

²⁵ *Idem*.

romano durante la primera fase del procedimiento formulario, dio lugar a un ordenamiento distinto que el *ius civile*: el *ius honorarium* o derecho edictal. El edicto que era un bando magisterial constituía la vía para la introducción de esas adecuaciones o interpretaciones novedosas. De hecho, igual que sucedía con el juez privado, el Pretor solía ser poco versado en el conocimiento del derecho, por lo que se veía forzado a solicitar el consejo de los juristas. Nótese que hasta antes de Augusto, el jurista posee un reconocimiento social pleno a su saber, lo que como era obvio lo desvinculaba del poder político. Se recurría a ellos porque sabían de lo justo, es decir, de lo *aequum*. Por eso, el edicto pretorio fue un instrumento muy utilizado por estos juristas creativos, dinámicos, a fin de introducir innovaciones merced a la *aequitas*. No extraña, entonces que: «la invocación a la *Aequitas* sirviera a los juristas, al pretor y a los emperadores de varita mágica para justificarse...» al introducir nuevas acciones que ampliaban las existentes a casos distintos en los que era descubrible una misma *aequitas* (extensión analógica), o que daban lugar a otras nuevas para casos distintos.

La *aequitas*, por lo tanto, se desarrolló y vivió dentro de una concepción de lo jurídico como la romana en la que el *ius* no correspondía con un sistema normativo ya dado. La *aequitas* era la esencia del *ius*, de lo justo, por radicar en los hechos concretos, porque en ellos era posible encontrar lo conveniente y lo proporcionado. Por eso, si en una *regula iuris* contenida en el último libro del *Digesto*, Paulo aconseja que en el derecho más que en las otras cosas se debe estar a la *aequitas*, no es porque esté pensando en un correctivo a la norma general, según un caso concreto, sino que la *aequitas* es la guía que precede y justifica todo el orden jurídico ²⁶.

²⁶ LAPIEZA, *art. cit.*, p. 116. Las *regula iuris* consistían en ciertos criterios generales para juzgar, «esquemas ordenadores de carácter universal», que no proceden de la creación artificiosa de la mente humana, sino de la experiencia casuística que permite inferirlas. Como anota Grossi, para los glosadores: «la legitimidad de las *regula* procede de la circunstancia de que en ellas *eadem Aequitas vertitur*», es decir, hay una misma base equitativa. Cfr. *El orden jurídico medieval* (tr. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez), Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 175. Las *regula* proceden de la *interpretatio del doctor*. Por ello, para los glosadores tienen, contra lo que había sentenciado Paulo en el *D.* 50, 17, 1, «eficacia normativa».

Ya se entiende por qué la arquitectura del *ius commune* no fue un prodigio legislativo, sino de la *interpretatio*²⁷. ¿Qué interpretaban, en última instancia, los juristas medievales? El orden inserto en las cosas, la *aequitas* como orden armónico, recíproco entre las cosas. Y lo hacían teniendo muy en cuenta los principios, reglas, instituciones, que esa otra gran arquitectura sapiencial, el derecho romano justinianeo, les ofrecía. La *interpretatio* que exige un mismo derecho ahí donde existe una idéntica o similar sustancia factual y un derecho distinto donde no lo hay, encuentra su principal causa en la separación entre el *ius scriptum* (el derecho romano justinianeo) que le antecedía seis siglos y una *aequitas* que debe ser traducida en forma jurídica. No nos encontramos, por tanto, ante una excepción a la aplicación de ninguna norma general y abstracta. De hecho, teniendo en la mente la constitución del *Codex* (1, 14, 1) que autorizaba sólo a los emperadores a la aplicación de la *aequitas* en caso de existir discordancia con el *ius*, Calasso insistía en una «*epoca della legalità*»²⁸, para significar que en su fuerza legislativa radicaba cualquier interpretación que discordaba con el texto inoperante. Sin embargo, más que de «legalidad» y atentas todas las advertencias y consideraciones que hemos propuesto hasta este momento, conviene hablar mejor de «legitimidad», es decir, de adherencia del derecho a los hechos, aún a los más recónditos e inesperados. A la postre, la praxis jurisprudencial en un ambiente libre en donde el *Imperator* es un personaje lejano, y conforme avanza la Baja Edad Media, una dignidad simbólica, es la encargada de adecuar el derecho a los variadísimos hechos.

Para la segunda mitad del siglo III, cuando las *leges* imperiales se convierten en prácticamente la única fuente del derecho y la jurisprudencia entra en un período de franca decadencia, aunada a la influencia cristiana que le apuesta a la clemencia, a la benevolencia; y a la expansión de las ideas griegas que no habían hasta entonces conta-

²⁷ Cfr. PEDRAZZI COSIO, Pablo José, *La experiencia jurídica medieval en el contexto de una civilización histórica* (tesis profesional), Universidad Panamericana de México, 2001, pp. 224-252, para conocer la importancia decisiva que reviste el concepto de *interpretatio* como espejo de la mentalidad jurídica medieval.

²⁸ *Medio Evo del Diritto*, Milano, A. Giuffrè, 1954, t. I, p. 481.

giado la mentalidad pragmática de los romanos, la *aequitas* perdió su fuerza propia, dejó de ser la esencia del *ius*, para confundirse con la epiqueya griega, es decir, con un correctivo del *rigor iuris*, merced a que un caso concreto ha escapado de la previsión del legislador. De aquí proviene la confusión de términos que hizo al sabio santo de Aquino incurrir en una equiparación entre *epieikeia* y *aequitas* poco afortunada ²⁹.

Así, entre los juristas medievales la *aequitas* será revalorada y plenamente utilizada en la urgente necesidad de ordenar a una sociedad dinámica, que no puede permanecer anclada ni a la costumbre, ni a los usos feudales, ni a los fueros o estatutos de las ciudades. Obviamente lo que los príncipes y juristas «interpretan» es la *aequitas*. «Donde hay una misma *aequitas*, debe existir un mismo derecho». En este trámite nada tiene que hacer la epiqueya por la sencilla razón que no hay un ordenamiento jurídico permanente caracterizado por leyes generales ³⁰.

II. LA FUNCIÓN DE LA AEQUITAS EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO CIENTÍFICO

Los juristas medievales están plenamente comprometidos con la efectividad, es decir, con la edificación del derecho a partir de los hechos. Por eso, su modo de proceder, con las diferencias derivadas de los contextos históricos, se parece a la de los juristas romanos clásicos. Saben que su deber es dar soluciones convenientes para resolver necesidades humanas provenientes de relaciones económicas y

²⁹ *Summa...*, II-II, quaestio 120, art. 1, respondeo, in fine, ed.cit., t. IX, p. 609.

³⁰ Respecto a la influencia cristiana en el derecho romano posclásico y su incidencia en el concepto de equidad, Massini no deja de advertir que la concepción que Aristóteles y luego santo Tomás, expusieron sobre la *epieikeia* que no tiene que ver ni con la *Aequitas* romana, ni con la *Aequitas* de la ciencia jurídica medieval, la introduce al terreno propiamente jurídico, al ser, como hemos indicado, una parte de la justicia. En cambio, la definición de equidad como «indulgencia» hace que aquélla quede fuera del campo jurídico y se ubique en el contexto de la amistad y el amor. Cfr. *op. cit.*, p. 80 y ss.

sociales novedosas y por ende, desnudas jurídicamente. Los juristas son los modistos que se aprestan a diseñar las vestimentas adecuadas, a la medida, de cada uno de esos hechos. En este proceso, la *aequitas* es el instrumento fundamental. No por otra cosa, Calasso identificó el concepto de *aequitas* como: «la expresión más significativa y típica de los elementos ideales que confluyen en esta concepción del derecho»³¹.

Sin embargo, el propio Calasso advierte lo que ya se ha señalado: «para entender más el fenómeno (de la *aequitas*) en su latitud histórica, no hay que dejarse influenciar del concepto moderno de equidad, el cual se relaciona a un sentimiento de clemencia»³². Lo anterior, para darse cuenta que la *aequitas* medieval no trataba de adaptar la norma general al caso concreto: justicia del caso concreto... en el sentido de un suavizamiento del rigor de la ley. La necesidad de esta equidad, añade Calasso, responde: «a la enorme variabilidad de relaciones concretas que la potestad legislativa no pudo haber contemplado»³³.

Sin embargo, la labor de *interpretatio* de los juristas para tratar de definir el concepto de *aequitas* tuvo que ser muy intensiva porque: «*i testi giustinianei... non offrivano al giurista medievale le basi per una teorica: ... solo sporadici... si limitano a raccomandare genericamente l'aequitas e a favorirla quando la forma comprometta la sostanza del negozio ...*»³⁴. Por ello, la meditación del concepto los llevó: «*a risalire ai principii... del diritto*» («a remontarse a los principios del derecho»)³⁵, y de esta forma, para no ir más lejos, Irnerio, tan catalogado como un mero exégeta, como un dogmático al que únicamente le interesaba definir palabra por palabra el texto justiniano,

³¹ *Op. cit.*, p. 476. La traducción del italiano es mía.

³² *Idem*.

³³ *Idem*.

³⁴ *Ibid.*, pp. 476-477. «Los textos justinianos... no ofrecían al jurista medieval las bases para una teoría: ... sólo esporádicamente... se limitaban a recomendar genéricamente la *Aequitas* y a favorecerla cuando la forma comprometía la sustancia del negocio...».

³⁵ *Ibid.*, p. 477.

ignorando por ejemplo, que fue autor de un *Formularium* pensado para la práctica de los notarios boloñeses y en donde proponía la adecuación de los negocios jurídicos a cuatro instrumentos fundamentales: compraventa, enfiteusis, donación y testamento³⁶, será el encargado de elaborar una clara reflexión sobre el significado y función de la *aequitas*. ¿De qué partió Irnerio? De la misma definición que ya hemos esbozado para explicar el sentido pragmático que del *ius* tenían los romanos, y que como no es complicado advertir se trata del concepto que Celso ofrece del *ius* como un «*ars boni et aequi*»³⁷.

En efecto, Irnerio en su conocida glosa citada textualmente por Calaos³⁸, distinguía entre *aequitas* y *iustitia* no en un sentido substancial, sino temporal: la *aequitas* se encuentra en las cosas (*rebus*), es asunto de las cosas, está: «... *nella configurazione stessa dei rapporti e dei negozi singoli...*»³⁹. Hasta ese momento permanece oculta en las cosas, es, para utilizar la terminología de los primeros glosadores: «*aequitas rudis*». Precisamente, siguiendo el razonamiento de Irnerio, cuando la voluntad humana la individualiza, le da forma, se convierte en «*aequitas constituta*», «*e attua cosí la giustizia*» («y actúa así la justicia»). La justicia viene a ser en este sentido: «*l'attuazione dell' aequitas*» («la actuación de la *aequitas*») ⁴⁰.

De esta manera, el mismo Calasso vuelve a enfatizar que el concepto de *aequitas* desarrollado por Irnerio y perfeccionado por sus discípulos y sucesores en la glosa, se aleja tanto de una noción de equidad que postule la adecuación del caso concreto a un ideal de justicia contenido en el interior del sistema jurídico positivo, como de una visión que en cierta forma recoge el derecho romano justiniano y que aconseja una idea abstracta de la *aequitas* situada fuera de la órbita del derecho positivo y, en cambio, dentro de un derecho natural rígido e inmutable, atentas las influencias cristiana y helenística.

³⁶ GROSSI, *op. cit.*, p. 194.

³⁷ *D.* 1, 1, 1. Citado por Ulpiano.

³⁸ *Op. cit.*, p. 477.

³⁹ *Idem.* «Dentro de la configuración misma de las relaciones y de los negocios singulares».

⁴⁰ *Idem.*

El problema del jurista medieval es más humano, es todo humano, pero no en defensa de un «humanismo» inexistente en esta etapa histórica, sino de las variadísimas situaciones efectivas en las que los hombres se sitúan y que requieren orden, formas jurídicas. Por esto, era natural que el problema de la *aequitas* para los medievales se encontrara en: «*la nascita della norma giuridica, che deve trasformare l'aequitas dei rapporti fra gli uomini in praeceptum*»⁴¹. Es decir, la *aequitas* debe destilarse en normas que se llaman *leges*.

Una imagen que nos obsequia Calasso ilumina, en su belleza, el concepto en comento: a propósito de la traducción de la *aequitas* en norma jurídica puede pensarse en el proceso de extracción del oro de las arenas de los ríos. Es decir, la *aequitas* está presente en: «*la molteplicità dei rapporti umani, in ciascuno dei quali un'esigenza di giustizia è implicita*»⁴². De la misma manera que el oro es extraído de las arenas, la *aequitas*: «es el canal que lleva a la corteza del Derecho la savia de la substancia subyacente»⁴³.

Ahora bien, si la *aequitas* se identifica con esa «exigencia de justicia implícita en las relaciones entre los hombres», según explicaba Calasso: ¿Qué proceso se requiere para llevarla al terreno de las formas jurídicas? El problema no es sencillo porque implica frente a una relación concreta, especificar, identificar, primeramente cuál es esa exigencia de justicia o como diría Laclau: «la justicia natural presente, intrínsecamente, en las relaciones humanas»⁴⁴. Enseguida es menester extraerla de la relación donde ha sido hallada, para posteriormente: «darle cuerpo y estabilidad en una formulación preceptiva»⁴⁵.

⁴¹ *Ibid*, p. 478. «El nacimiento de la norma jurídica, que debe transformar la *Aequitas* de las relaciones entre los hombres en un precepto».

⁴² *Idem*. «La multiplicidad de las relaciones humanas en cada una de las cuales una exigencia de justicia está implícita».

⁴³ GROSSI, *op. cit.*, p. 182.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 26.

⁴⁵ CALASSO, *op. cit.*, p. 478.

Sólo en ese momento podemos hablar de *aequitas constituta*. Es obvio, por otra parte, que en un mundo como el medieval esta operación resultara compleja: requería de un artista bien instruido en su arte. Éste no era otro que el jurista a través de la *interpretatio*. Lo anterior, sólo podía lograrlo el hombre que había pasado largos años en la universidad, que ha recibido toda la instrucción jurídica que le hace capaz de enfrentarse como juez, magistrado, notario, consejero, en su lugar de procedencia a las realidades más emergentes. Para esto ha desarrollado la virtud de la prudencia que le indica en cada caso: «la verdadera medida del obrar humano social en que el derecho consiste; medida que a su vez ha extraído de la *naturaleza de las cosas*»⁴⁶.

La intelección de la *aequitas* no puede estar sino en la realidad de las cosas. El jurista, por tanto, no es un dogmático que asuma a las conductas humanas como previstas en un código de preceptos sistemáticos. Tampoco es un relativista que construya desde sí lo que a partir de ese momento será la realidad. En el fondo, perdura esa visión que Tomás de Aquino, agudo observador de lo que hacían sus semejantes, entre ellos, los juristas, captó con harta sensibilidad: el entendimiento humano es medido por las cosas, las que a su vez son medidas por el entendimiento divino. El hombre posee una razón natural capaz de descubrir esa *aequitas* o justicia natural que descansa en las cosas. Como aduce Carpintero: «estos juristas que imparten sus enseñanzas desde el siglo XI al XVI, analizaban la realidad»⁴⁷. Soberbios o modestos en cuanto a su carácter personal, en su actividad profesional se muestran humildes: «se asoman a la realidad sin pretender deformarla con sus ideas»⁴⁸.

En este sentido, si Aristóteles en su tiempo y santo Tomás en el suyo, fueron capaces de comprender muy bien lo que los juristas hacían, se debía, parafraseando a Carpintero, al hecho de que una postura ante la realidad como la que ellos tenían los hacía ser «aristotélicos» aunque no lo supieran.

⁴⁶ MASSINI, *op. cit.*, p. 100.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 75.

⁴⁸ *Idem.*

No sigamos, sin embargo, nuestro recorrido, sin anticipar una precisión. En párrafos anteriores, hemos descrito el maravilloso proceso de extracción de la *aequitas* que se resume en una palabra: *interpretatio*. En este contexto, para el historiador italiano de quien hemos obtenido tantas claves interpretativas sobre este tema, parecía claro que la competencia interpretativa radicaba en el legislador que en el ámbito del derecho justiniano se identifica con la persona del Emperador. Por eso, vale la pena insistir en ello, quería ver una época de la legalidad. Sin embargo, ni la realidad histórica, ni la reflexión de los glosadores y luego de los comentaristas, permitían la eficacia de las declaraciones del *Corpus iuris* sobre estos tópicos. La glosa, obedeciendo a la urgencia de ordenar jurídicamente a una sociedad plural, en la que no existe Estado, asume plenamente la función del jurista y no sólo lo incluye dentro de los sujetos facultados para efectuar *interpretatio*, sino que se señala que en caso de existir duda en un juicio sobre el derecho aplicable, se recurriría al Emperador si estaba presente, y en caso negativo (que era lo más lógico y lo que buscaban los doctores) se procedería de *similibus ad similia*, es decir, a través de la extensión analógica que se funda en la *aequitas*. Pero además, el mismo Príncipe como *lex animata* no es más que un descubridor, un intérprete de la *aequitas*, es decir, de todo el conglomerado de reglas jurídicas que son encontrables en los hechos, en las situaciones objetivas. Es el mundo de las causas, de la *ratio legis*, es decir, de las situaciones efectivas que justifican determinado tratamiento jurídico.

En este sentido, Calasso incurrió en una postura demasiado respetuosa del momento de validez, es decir, del apego al derecho romano justiniano, y siguiendo los pasos de Búlgaro, uno de los discípulos de Irnerio, entendía que la *aequitas rudis*, la que todavía permanece oculta en los hechos, en las relaciones humanas, sólo podía ser destilada en reglas jurídicas por el legislador: el Emperador como: «*suprema fonte del diritto*»⁴⁹. Así, los juristas, intérpretes por antonomasia, únicamente podrían ocuparse de la *aequitas constituta*, es decir, de lo

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 481.

que ya había sido tratado por la ley de las doce tablas, el pueblo o la plebe, los senadores o los pretores ⁵⁰.

No obstante, viendo el asunto con cuidado, la realidad fue que los doctores, con su peso social, con su sacerdocio jurídico, fueron los encargados de proponer sólidas construcciones sapienciales resultantes de la traducción en preceptos de toda la *aequitas*, simple y llanamente. Aquí se impuso la postura de Martino, otro de los discípulos de Irenio, que no limitaba la *aequitas* con la que podían tratar jueces y doctores. Esto provocó que ya desde los ultramontanos ⁵¹ y, sobre todo, desde Cino de Pistoia, la distinción de Búlgaro fuera una remembranza ⁵². Así, la dialéctica *aequitas-rigor iuris* no atiende a la dicotomía sistema legislativo-caso concreto, como sucede en la epiqueya, sino a un orden jurídico que se construye sobre hechos muy distintos que en los que se basaba ese *rigor iuris*, que no era otra cosa que el texto del *Corpus iuris* y que dada la lejanía plurisecular no podía aplicarse sin más. No por otra cosa, Bártolo apuntaba que: «una conclusión que tenía contenidos racionales vence el dictado del texto romano y legitima, fundamentándola en un plano más alto, la interpretación contraria a la norma» ⁵³.

No nos sorprenda que el maduro Bártolo en plena liberación de la *scientia* jurídica se hubiera atrevido a formular arquitecturas racionales a partir de la *aequitas* presente en los hechos, en las cosas, y sin ensayar un ejercicio de interpretación analógica sobre los textos justinianos. La anécdota debida a Kantorowicz y que nos obsequia

⁵⁰ GROSSI, *op. cit.*, p. 184. Francisco Carpintero ofrece una interpretación bastante original sobre la función de la *Aequitas* en el trabajo de los juristas bajomedievales: «La convicción... de que existe un Derecho no escrito, un orden jurídico objetivo por encima del *ius scriptum*, hizo posible la legitimidad de la ocupación con el Derecho natural como ordenamiento jurídico ideal, aunque las normas extraídas de él fueran opuestas a las del Derecho socialmente vigente. Esta visión "equitativa" del Derecho que encontramos nítidamente reflejada en las doctrinas de algunos glosadores, fue seguida, cada vez con mayor vigor, por el jurisprudencia posterior». No obstante la riqueza intelectual que caracteriza la obra de este autor, resulta muy riesgoso observar en la primacía temporal que la *Aequitas* medieval detenta sobre el *ius*, un cimiento de las concepciones modernas que idealizan el derecho natural como un ordenamiento separado del derecho socialmente vigente. Cfr. «En torno al método de los juristas medievales», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1982, tomo LII, pp. 646-647.

⁵² GROSSI, *op. cit.*, p. 185.

⁵³ *Ibid*, p. 178.

Grossi, lo dice todo: «primero formulaba las decisiones y después se hacía indicar por su amigo Tigrino los pasajes del *Corpus iuris* que podían ser adaptados a aquéllas»⁵⁴.

Bártolo como también Jacques de Révigny hablaba de razón. En efecto, la razón es el instrumento que el Creador dio al hombre para discernir lo justo de lo injusto, para descubrir la *aequitas*. Las soluciones jurídicas cambian porque el hombre con todas sus inclinaciones naturales se sitúa en la historia, y lo que hoy es adecuado, mañana podría resultar nefasto. A la razón no le queda más salida que trabajar incansablemente, y cuenta para ello con una medida que la guía: las cosas, la realidad. De ahí que si esas cosas, a su vez, están medidas por un entendimiento supremo, el de Dios, exista un orden en ellas que la razón puede descubrir e interpretar. En este contexto: «cuando la razón *admite* la realidad, en esa medida llega a ser verdadera, más allá del simple juego lógico. Desde ciertas facetas fundamentales, la realidad es siempre racional...»⁵⁵.

Es momento de terminar de responder la primera cuestión que se propuso al comienzo del apartado anterior y resolver el segundo problema.

Bajo este imperativo, si Irnerio, primer *magister* en Bolonia, *lucerna iuris*, había reflexionado sobre esta noción fundamental a partir de la definición de Celso sobre el *ius*, uno de sus discípulos, Martino, probablemente fue autor de un estudio aún más completo sobre el tema que nos preocupa. Vale la pena transcribirlo:

«Puesto que la justicia es la fuente y origen de la *aequitas*, veamos en primer lugar qué es la *aequitas*. *Aequitas* es la armonía derivada de los hechos conforme a la cual en causas similares se debe aplicar un Derecho similar. Según lo que acabamos de exponer, el mismo Dios puede ser calificado de *aequitas*. Nadie, en efecto, es *aequitas*

⁵⁴ *Ibid*, p. 176.

⁵⁵ CARPINTERO, *op. cit.*, pp. 61-62.

sino Dios. Si tal *aequitas* se encuentra en la voluntad del hombre, se llama entonces justicia. Y por otro lado, si esta voluntad se materializa en preceptos, ya sean escritos, ya consuetudinarios, entonces se denomina Derecho»⁵⁶.

Como puede apreciarse encontramos una comunicación de lo físico con lo metafísico pero ya no sin fronteras claras como en el más puro neoplatonismo, ni en el terreno de las creencias muy arraigadas al primitivismo cultural del protomedievo. Más bien nos situamos en el campo de la reflexión de una ciencia que valora y entiende la realidad natural como algo autónomo del plano metafísico, pero en donde la impronta del Creador no desaparece. Aquí se enlazan los dos valores fundamentales en los que descansa la civilización jurídica medieval: un Dios que participa sus perfecciones en el mundo creado, ordenado; una naturaleza de las cosas donde es posible descifrar su Voluntad. Dios, supremo legislador, ha impreso a todas las cosas objeto de las relaciones entre los hombres la huella de su voluntad justa, que se encuentra implícita en ellas y se descubre en ellas. La voluntad de Dios en las cosas es justicia, una justicia natural, oculta, como el oro lo está en las arenas de los ríos. Por ello, cuando Federico II de Sicilia se concebía como fuente de la justicia, sin duda, pensaba en esta justicia que no es dependiente sin más de la voluntad de un soberano inexistente entonces. De ahí que la teoría de la *causa legis* no busque otra cosa más que: «sustraer la *lex* al arbitrio de una voluntad potestativa y dotarla de raíces objetivas»⁵⁷. Esta voluntad de Dios,

⁵⁶ «Quia iustitiae fons et origo est aequitas, videamus prius quid sit aequitas. Aequitas est rerum convenientia quae in paribus causis paria iura desiderant. Item Deus qui secundum hoc quod desiderant, aequitas dicitur. Nichil autem est aequitas quam Deus. Si talis aequitas in voluntate hominis est perpetuo, iustitia dicitur. Quae talis voluntas redacta in praecceptionem, sive scripta, sive consuetudinaria, ius dicitur». *Fragmentum Pragense*. (ed. De H. Fitting, *Juristischer Schriften des früheren Mittelalters*, Halle, Buchhandlung, Waisenhaus, 1876, p. 21), citado por: GROSSI, *op. cit.*, p. 180. Carpintero también cita parte del fragmento en su obra última citada, p. 54. La misma fuente que toma Grossi, está en Calasso, *op. cit.*, p. 477. Dada la falta de certeza sobre su autor, el mismo Calasso se cuestiona si se trata de: «una glosa dei primissimi anni della scuola de Bologna». («Una glosa de los primerísimos años de la escuela de Bolonia»). *Idem*.

⁵⁷ GROSSI, *op. cit.*, p. 152.

Ser Eterno, que se manifiesta en las cosas inmersas en las relaciones humanas e históricas, es fuente de la *aequitas*, que se identifica con la armonía, con la parejura, con la igualdad substancial, con la proporción, que la razón natural a través del ejercicio de la prudencia puede sacar a la luz, extraer.

Se trata, pues, de una juridicidad que ya está en los hechos, es decir, en la naturaleza de cada cosa objeto de una relación interhumana. El jurista en sus diversas facetas prácticas, es capaz de descubrir esta *rerum convenientia* (plano racional) para enseguida dibujarla en preceptos, ya sea una *lex*, una sentencia, un *consilium*.

Cuando tal *aequitas* se ubica en la voluntad de los hombres es justicia y al desarrollarse en preceptos, se convierte en *ius*. Adviértase, sin embargo, que todo ha partido de una justicia general, identificada con el orden entero de la creación, que se refleja en la diversidad y la desigualdad. En este contexto, «asimilar lo similar» y «distinguir lo desigual», nos lleva a un orden, a una tarea imitativa históricamente de la labor eterna de Dios. En este sentido, podemos hablar de una actualización del orden que ya ha sido desde siempre configurado por la Divinidad. Se trata, como bien aduce Grossi, no de un «panteísmo» sino de una *participatio* ⁵⁸.

Ahora bien, el hombre no puede conocerlo todo, ni lo que conoce lo puede hacer al mismo tiempo. Él está inmerso en la contingencia de su humanidad histórica, por lo que habrá muchas cosas que escapen a su contexto histórico y que nunca conocerá. Ya se entiende por qué la *interpretatio* del jurista, en plena comunión con una *scientia* que no cree en verdades para siempre, sea probable. En efecto, se entiende que el hombre histórico se halla en una parte del sendero que sólo conocerá a plenitud al final de la historia. Pero, mientras llega ese momento, todo se canaliza en el esfuerzo intelectual, en la búsqueda constante de soluciones ordenadas y ordenadoras.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 180.

Por ello, igualmente, que la función de la *aequitas*, su carácter factual, de adherencia a las cosas, sea la muestra más palpable de continuidad de mentalidad entre las dos partes, los dos capítulos de la civilización medieval. Ese naturalismo radical en el que se sitúa el primitivo hombre protomedieval y que no le permite entender de intermediaciones mentales, sino únicamente de realidades objetivas, no desaparece en la reflexión científica. La *aequitas* es la intermediaria entre los hechos y las formas jurídicas. Toda la gnoseología medieval desemboca aquí con más fuerza que en ninguna otra ciencia. Las cosas llevan la batuta, ellas condicionan al entendimiento y no viceversa.

Esta convicción profundísima queda aclarada aún más por Placentino, que no sólo imaginó «un templo de la justicia», sino que advirtió que si bien el hombre es autor del derecho; Dios lo es de la justicia⁵⁹. Por eso, si bien la sociedad altomedieval era cristocéntrica, lo que implicaba que se hacía intervenir a Dios o a Cristo para conocer el derecho, la sociedad bajomedieval es iuscéntrica, lo que no significó una secularización radical: la *aequitas* como fuente de una justicia divina que es sinónimo de un orden, avala nuestra afirmación.

Por tanto, si bien la distinción de Búlgaro entre *aequitas rudis* y *aequitas constituta* no puede delatar una realidad histórica, si nos sirve para concluir que el derecho para ser tal y no iniquidad o simplemente «voluntad caprichosa», debe ser *aequitas constituta*, es decir, debe persistir el género *aequitas*.

A propósito de lo anterior, el gran Jacques de Révigny, de la escuela que cerró Cino de Pistoia, solía referirse análogamente a la plata y al vaso de plata para explicar la relación entre la *aequitas* y el *ius*. En efecto, así como la plata es el género y el vaso de plata la especie, la *aequitas* es género y el derecho es especie. El proceso de obtención del derecho es similar al de la fabricación de un vaso: «el género *aequitas* está originalmente oculto y solo la elaboración jurisprudencial,

⁵⁹ LACLAU, *op. cit.*, p. 26.

puliéndolo y limándolo... lo convierte en derecho, como sucede con la plata que es extraída de la mina y después de una “larga operación” se tiene listo el objeto, es decir, el vaso de plata»⁶⁰.

Ahora bien, para el hombre medieval la solución surgida de la *aequitas*, de ese orden armónico que existe oculto en las relaciones humanas y que el hombre es capaz de descubrir, refleja no sólo el dictado más justo, sino el más racional, sinónimo de verdadero. ¿Por qué? Nos basta con recordar la humildad ontológica que caracteriza la gnoseología medieval: ¿No acaso la verdad está en la adecuación del intelecto, que es tanto como decir, del hombre, a la realidad? ¿No existe la convicción de que la medida del entendimiento son las cosas externas a éste? ¿No existe la conciencia de que Dios es verdad y *aequitas*, es decir, naturaleza de naturalezas? Por lo tanto, esa *aequitas* que es susceptible de ser extraída de las cosas no sólo es justicia, sino verdad, racionalidad... al estilo medieval. Lejos, muy lejos, nos encontramos de una racionalidad relativista que asuma el papel que sólo le compete a Dios: medir la realidad desde la razón. En este sentido, Laclau concluye: «la solución equitativa era considerada como la más justa, pero también como la más razonable, como aquella cuyos argumentos podían ser compartidos por ser convincentes. El hombre medieval, a diferencia de lo que ocurre en nuestros días, establecía una conexión inescindible entre justicia y verdad...»⁶¹.

Cino de Pistoia, de quien según Calasso proviene el testimonio sobre la analogía de los procesos de obtención del derecho y del vaso de plata que solía plantear en Orléans el gran Révigny, termina de validar esta vinculación de la *aequitas* con la verdad por estar en las cosas. Enseñaba el de Pistoia que la *aequitas* mira a las cosas en concreto, se encuentra en éstas, de manera que aún si no existiera el derecho escrito, existiría aquella porque está en las cosas. El derecho que para ser verdaderamente tal debe ser *aequitas constituta*, se expresa

⁶⁰ CALASSO, *op. cit.*, pp. 479-480.

⁶¹ *Op. cit.*, pp. 26-27.

para Cino: «en un mandato puesto por quien tiene la autoridad de darlo...». La *aequitas*, por su parte no es un mandato. Así, la siguiente expresión de Cino no deja duda sobre las relaciones en comento: «si se explica que el mandato puede ser contrario a la *aequitas*... no es por otra cosa sino por *la facilidad del hombre de engañarse y engañar*»⁶².

Esto último responde el por qué Révigny hallaba en la razón la fuente de la acción útil pretoria, en la que los doctores medievales observaban un claro sustento equitativo. Por esto, la extensión analógica versaba sobre las situaciones objetivas en las que existe una *aequitas* similar. El fragmento del texto justiniano a interpretar —*lex*— es sólo el pretexto para encontrar en él una *ratio* o *mens*, identificarla con una *aequitas* determinada y extenderla a casos similares. En ello radicó, precisamente, el ejercicio interpretativo a propósito del arrendamiento de cosa a largo plazo que le confirió «eficacia real». Pero también es posible que a la *mens* o *ratio* del precepto objeto de la *interpretatio* se añadieran otras circunstancias que se manifiestan en el ámbito histórico del intérprete y que le permitían encontrar una *aequitas* que reclamaba una solución distinta: así se elaboró la doctrina del dominio dividido⁶³. Finalmente, como en el caso de Bártolo, el jurista ya es más un intérprete de las situaciones objetivas de donde extrae una *aequitas*, un orden armónico y determinado que puede extender a situaciones objetivas similares: «*quae in paribus causis paria iura desideran*» («en causas similares, un derecho similar»).

Las causas como bien apunta Grossi son: «las situaciones efectivas en las que se encuentran inmersos los sujetos...»⁶⁴. La relación concreta surge de una necesidad humana y equivale a la causa⁶⁵. Si ya se sabe merced al ejercicio de la prudencia cuál es la *aequitas* en una relación, será posible extender a casos iguales o similares un

⁶² CALASSO, *op. cit.*, p. 479.

⁶³ Para conocer más sobre la función interpretativa en el arrendamiento de cosa con efecto real y la teoría y praxis del dominio dividido, confróntese la obra citada de Paolo Grossi, pp. 234-238.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 183.

⁶⁵ CALASSO, *op. cit.*, p. 478.

mismo derecho ⁶⁶. El jurista observa que las variadas necesidades humanas obligan a los hombres a establecer diversos tipos de relaciones, que a su vez reclaman una vestimenta jurídica. En el ámbito de dichas situaciones o relaciones objetivas, está inmerso un orden, que puede ser encontrado en situaciones similares. Aquí existe una igualdad material, substancial, que autoriza un mismo derecho. La cosa detenta el papel protagónico en la experiencia jurídica medieval.

Así, la *aequitas* está en los hechos, en las cosas, donde es ya derecho. Por otra parte si cada situación efectiva lleva implícita su propia juridicidad, en este sentido pueden ser identificadas con la *aequitas*. Y ésta, por tanto, no se descubre de una vez para siempre, sino que está contenida en el seno de las relaciones cambiantes, distintas, a la luz de las mudanzas económicas, sociales y culturales. La *aequitas* como *convenientia rerum* permitió a los glosadores y comentaristas no sólo extender la regulación jurídica a nuevos casos, sino dotar ya sin el apoyo del texto de una regulación jurídica a negocios novedosos.

La *aequitas* como intermediaria entre hechos y formas jurídicas es el instrumento precioso merced al cual en cada ordenación jurídica se delata una traducción fáctica muy transparente. El jurista es no sólo un intermediario entre el texto y la realidad, sino un traductor fiel de las nuevas realidades económicas y sociales. Por eso, resultan sorprendidas las palabras de Laclau, cuyas ideas nos han servido mucho para entender el tema que estamos tratando, al señalar que de la conexión entre justicia y verdad en los juristas medievales se explica que: «dentro de la concepción del mundo imperante en la época, el derecho resultase desvinculado de la mutable y contingente realidad histórica» ⁶⁷. Al parecer el autor argentino no terminó de entender el sentido de la *aequitas* y de la *interpretatio* jurisprudencial que posibilitaron el *ius commune*, lo que, dadas las ideas que aporta, resulta desconcertante.

⁶⁶ A la prudencia corresponde determinar según el Aquinatense: cómo y por qué vías el hombre puede alcanzar en sus actos el medio racional en que consiste toda virtud y que en el caso de la justicia solamente es posible hallarlo en una realidad externa al sujeto que le permite conocer el medio real en las cosas. Cfr. *Summa de Teología...*, II-II, quaestio 47.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 27.

III. LA IMPORTANCIA DE LA *AEQUITAS* EN LA CONCEPCIÓN DE UN ORDEN JURÍDICO OBJETIVO: LA PRAXIS CONTRACTUAL

Una última respuesta nos apura. La *aequitas* implica un orden objetivo que está en las cosas, y desde el cual es posible extraer reglas jurídicas. El Medioevo vivió, con dramatismo en ocasiones, la tensión entre la concepción de un orden como producto de la mera voluntad, o bien, de la razón que condiciona o preside el acto voluntario. La respuesta escolástica más arraigada con la experiencia vital de esta etapa histórica fue aquella que se atrevió a armonizar razón y voluntad a partir de una simplicidad divina. De esta manera, todo el orden de las cosas se caracteriza por su objetividad, por ser resultado de una inteligencia suprema que mide las cosas. Los aspectos directamente relacionados con el derecho no desmienten esta postura. Incluso, la noción de *aequitas* es el producto más profundo y a la vez, consolidado de la convicción de que el orden de las cosas existe con independencia de que el hombre lo conozca o que conociéndolo, se atreva a despreciarlo. En todo caso, siguiendo la magnífica ironía de Cino de Pistoia, son los hombres los que se engañan y engañan a los demás. La *aequitas* como un orden armónico, equilibrado, que reposa en las situaciones objetivas persiste y aún persistirá, por la sencilla razón de que un derecho contrario a ella, será todo menos derecho. Sin embargo, ¿cómo demostrar hasta dónde penetra esta concepción objetiva del orden en el ámbito del derecho? Precisamente, la doctrina del *ius commune* sobre el contrato nos brinda una respuesta bastante satisfactoria.

Queda claro que, en general, para que un ser humano resulte obligado contractualmente debe prestar su consentimiento, es decir, emitir una manifestación de voluntad, externarla de manera expresa o tácita. Sin embargo, esta manifestación sólo proporcionaba la materia informe de la relación obligacional, a la que: «el orden objetivo de las cosas daba la forma»⁶⁸. La postura contractual del derecho común no

⁶⁸ HESPANHA Antonio M., «Las categorías de lo político y lo jurídico en la época moderna», *IVS FVGIT. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Zaragoza, España, Universidad de Zaragoza, vol. 3-4, 1996, p. 76.

fue consensualista. En un mundo como el medieval creyente en el valor de las cosas, reicentrista, el derecho no podía ser tutor de los intereses individuales y protector de la voluntad individual. Ni el mismo derecho canónico, profundamente preocupado en dotar de relevancia jurídica a todo compromiso asumido, a toda palabra dada, que en el derecho romano si carecía de una *vestimenta* jurídica adecuada, era incapaz de generar obligación⁶⁹, no aspira a apadrinar sendos intereses individuales, a anticipar futuros individualismos voluntaristas y mucho menos a legitimar la sacrosanta «autonomía de la voluntad» de la teoría contractual moderna, sino a suprimir lo más posible, el riesgo de la perdición del alma de los pecadores contratantes por eludir un compromiso que antes de tener «relevancia jurídica», tenía «relevancia moral»⁷⁰.

Por tanto, no basta la sola voluntad, el mero acuerdo ni para generar la obligación, ni mucho menos para determinar el contenido de la relación contractual. Como apunta Antonio M. Hespanha: «además del hecho externo de la voluntad, el derecho exigía, por una parte, un motivo interno, substancial, objetivo, para contratar (*causa*) y por otra, el cumplimiento de ciertas formalidades envolventes (*vestimenta contractus*)»⁷¹. La causa era determinante al ser: «la función social que el orden jurídico reconoce a ciertos asuntos negociales»⁷². Es conveniente decir que la causa subyacente, objetiva, que genera la obligación podía encuadrarse en conjunto a la celebración de actos formales (ejemplo: la entrega de una cosa) o la recitación solemne de determinadas fórmulas (como la *stipulatio* romana), dentro del término genérico de «vestimenta»⁷³.

Pero lo más importante para nosotros radica en que la fuente obligacional y, sobre todo, las consecuencias de una simple manifestación

⁶⁹ «Cuando no existe ninguna causa, consta que no puede constituirse obligación (con base) en la convención; así pues, el simple pacto no engendra obligación sino excepción». D. 2, 14, 7, 4.

⁷⁰ GROSSI; *op. cit.*, p. 217.

⁷¹ *Art. cit.*, p. 76.

⁷² ASTUTI Guido, *Contratto-diritto intermedio*, citado por: GROSSI, *op. cit.*, p. 239.

⁷³ *Ibid.*, p. 243.

de voluntad, (hecho externo en la actualización obligacional) surge de la causa interior, de la lógica objetiva, cosificada, que descansa en el fondo de la relación. Así, por ejemplo, el *Digesto* recogía la opinión de Ulpiano en el sentido de que la existencia de una causa es suficiente para generar obligación como sucede cuando se ha entregado una cosa de donde se desprende que el otro esté obligado a cumplir su cometido. Incluso, siguiendo nuestro ejemplo, se admite no sólo que se pueda reclamar la «restitución» de lo entregado (*condictio indebiti*), sino el cumplimiento de la obligación correlativa (*synallagma*)⁷⁴. De hecho: «la raíz de esta segunda obligación por parte del transgresor no está en su voluntad (él, de hecho, no quería cumplir su parte), sino en una lógica objetiva de la situación. Si uno entregó la cosa, esta misma entrega crea una obligación de la parte del otro contratante para que cumpla»⁷⁵.

Aquí no observamos otra cosa más que la *aequitas*, el orden objetivo, la parejura, el equilibrio que resulta de la misma situación y que debe extenderse a situaciones similares. Por tanto, el poder de la voluntad no era tal que pudiese contradecir la justicia inmanente de la relación (*aequitas rudis*)⁷⁶.

De hecho, siguiendo toda la objetividad que caracteriza la *interpretatio* de los doctores, uno de los caminos que utilizaron para dar «relevancia jurídica» a toda la gama de situaciones efectivas que surgían de la realidad bajomedieval, compleja, respetando el momento de validez, y por lo tanto, conservando la distinción justiniana entre «pactos vestidos» que generan obligación y «pactos desnudos» que sólo producen excepción, fue la multiplicación de los *vestimenta*, pero no en atención al respeto y tutela de la voluntad individual (imposible en una doctrina contractual no consensualista), sino merced a la aplicación de la analogía entre causas similares⁷⁷.

⁷⁴ D. 2, 14, 7, 2.

⁷⁵ HESPANHA, *art. cit.*, p. 77.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 78.

⁷⁷ GROSSI, *op. cit.*, p. 243.

El consenso de las partes era una más de las fuentes de las obligaciones contractuales, pero no la única. Hespanha nos regala un texto del autor de la primera Gramática castellana, Antonio de Nebrija que está todavía imbuido de la herencia medieval y del derecho común que como sabemos Europa tardó mucho en zafarse: «la obligación —dice— es un vínculo jurídico por lo cual el *derecho* de nuestra ciudad obliga a alguien a prestar algo...»⁷⁸. En este sentido, si el *consensus* es sólo una de las obligaciones contractuales, no resulta extraño que se le quite: «el carácter categorial a distinciones hoy fundamentales en la teoría de las obligaciones, como la distinción entre obligaciones contractuales, cuasi-contractuales y extra-contractuales»⁷⁹.

Por otro lado, es divertida la desconfianza del ordenamiento jurídico a las «donaciones», al grado que las más importantes necesitaban de una confirmación (insinuación) por parte del Príncipe⁸⁰. Sí, aunque parezca contranatural, ésta es la visión de una jurisprudencia que perdura hasta bien entrada la Edad Moderna. La voluntad, por sí sola, no es capaz de transformar el orden de las cosas. La simple y vana «liberalidad» no bastaba como causa por estar demasiado avecindada con la pura voluntad. Por eso, sólo las donaciones importantes «con causa» como por ejemplo, las remuneratorias, que obedecen a un servicio prestado por un sujeto al que en principio no hay obligación de pagar, estaban exentas de la insinuación del Príncipe. En ocasiones, de igual manera, ni el dolo, ni la intimidación —*metus*— (como sucedía en el *ius civile* romano), dejaban sin efecto la obligación contraída⁸¹.

Finalmente, para cerrar nuestra reflexión, es importante hacer mención a una distinción que explotaron los juristas medievales y que deja ver no sólo la sutil comunicación entre las ciencias universales y particulares, sino la objetividad que tanto nos hemos esforzado en demostrar. Nos referimos a la distinción entre sustancia y naturaleza

⁷⁸ Tomado de *Vocabularium utriusque iuris*, Lugduni, 1601... citado en: *art. cit.*, p. 77.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ *Ibid*, pp. 77-78.

⁸¹ *Ibid*, p. 78.

en el seno de los contenidos contractuales que la voluntad humana no estaba en condiciones ni de crear, ni mucho menos alterar. Baldo de Ubaldi, jurista y canonista ejemplar, esbozó con nitidez esta distinción⁸². En términos sencillos, podemos decir que la sustancia es la esencia misma de las cosas por la cual son lo que son y no otra cosa. Baldo utilizaba un término muy recurrido en la Escolástica para referirse a la esencia: *quidditas*, *quiddidad*, que como advierte Grossi, había comenzado a emplearse a partir de las traducciones latinas de las obras de filósofos árabes. La naturaleza, por su parte, es la cualidad que permite diferenciar una cosa de otra. La distinción, aplicada a los contratos, nos lleva a distinguir cláusulas esenciales, insuprimibles, inafectables, so pena de que el contrato pierda existencia propia al dejar de ser lo que es: como si quisiéramos que el animal fuera hombre sin dejar de ser animal; y cláusulas naturales que delataban los caracteres propios del contrato y que sin ser «forzosas», sí por lo menos, eran las habituales. Sobre ellas, el poder de la voluntad era muy limitado al grado, nos recuerda Hespanha, que la posibilidad de eximirse era realmente problemática⁸³. De hecho, estaban tan arraigadas al contrato que siempre se presumían puestas salvo una declaración expresa.

Todo lo «no-natural» que no se expresara con claridad se tenía por omiso. Resulta muy evidente que aún en el campo de los negocios jurídicos intervivos, el ámbito de lo objetivo es indispensable, prevalece. El consenso será siempre: «una circunstancia socialmente tan tenue que solamente puede funcionar como causa en las estructuras típicas que recoge el *Corpus* justiniano»⁸⁴.

A pesar de los esfuerzos canonistas que miran más al *telos* mismo de este ordenamiento —la salvación de las almas— por rescatar el valor de la palabra dada así como la buena fe contractual, y que un canonista como Baldo también tiende a reconsiderar, el consensualismo tardará varios siglos en asentarse y lo hará porque así como el

⁸² La referencia en lengua latina se encuentra en GROSSI; *op. cit.*, p. 244.

⁸³ *Art. cit.*, p. 78.

⁸⁴ GROSSI, *op. cit.*, p. 243.

objetivismo medieval era resultado de preguntas y respuestas muy específicas sobre el mundo en su conjunto, aquél es vástago de una mentalidad que es sembrada en los confines del Medievo y que tardará bastante en madurar: nos referimos como no es difícil deducir al voluntarismo individualista que pretende dominar toda la realidad.

Ahora bien, si bien es un hecho que la «naturaleza» del contrato: «es una dimensión interna, pero sensible con el devenir que garantiza historicidad a la institución»⁸⁵, que constituye un conjunto de reglas que generalmente se observan, pero que pueden modificarse a través de «declaraciones expresas», y que fue un vehículo que utilizaron los intérpretes medievales para dotar de ordenación jurídica a muchos negocios «irregulares», que surgían de los tráficó económicos novedosos, también es un hecho que estas «modificaciones» a la naturaleza respondieron no a la voluntad potestativa del *magister*, sino a situaciones objetivas, cuya «justicia inmanente», es lo mismo que decir, *aequitas*, autorizaban un derecho distinto o modificado. La causa de tal alteración eran las necesidades objetivas que demandaban una solución útil⁸⁶.

⁸⁵ *Ibid*, p. 244.

⁸⁶ Grossi ofrece como ejemplo el caso del depósito cuya naturaleza es modificada en la figura del depósito irregular, sobre la que los hábiles e ingeniosos doctores medievales trabajaron mucho. En el depósito irregular existe un objeto depositado que es un género, una cosa fungible, que por su misma naturaleza puede ser reemplazada por otra de la misma especie, cantidad y calidad. De esta manera, aunque el depositante pueda exigir la cantidad depositada como si se tratase de un depósito normal, lo que el depositario devuelve es el *tantundem*, es decir, el mismo género en cantidad y calidad, pero no la misma cosa que se depositó originalmente. Por la misma naturaleza de la cosa depositada, insistimos, había transmisión de la propiedad, que en un depósito normal no ocurría. Ahora bien, el depósito irregular fue perfeccionado por los medievales al distinguirlo con claridad del mutuo y al aplicarlo en general para toda cosa fungible. Hay que decir, sin embargo, que los últimos juristas clásicos romanos lo habían distinguido del mutuo, permitiendo el cobro de intereses aún sin haberlo estipulado por el hecho de que se trataba de un depósito basado en la buena fe contractual y tutelado con una acción de esta clase. Cfr. D'ors, *op. cit.*, p. 523. Sin embargo, la jurisprudencia romana no terminó de estructurar adecuadamente este depósito irregular que sólo consideraron de dinero y que como se deja ver en *D. 12, 1, 9, 9*, no se concedía al depositante la acción del depósito para recuperar el dinero, sino la simple *condictio* que se concedía al mutuante contra el mutuuario.

Hasta tal punto llegaba la concepción objetiva de la causa que el precio de las cosas no podía ser fijado libremente por la voluntad de las partes, sin ninguna limitación. Ante todo: «el precio de las cosas era un dato objetivo, resultante de una justa estimación, sin afectación singular»⁸⁷. Lo importante era que si el precio no era justo, y no lo era normalmente cuando rebasaba más de la mitad del precio justo, según, «el orden del mundo que da valor a las cosas, orden expreso en las estimaciones comunes de esos valores»⁸⁸, podía rescindirse el contrato por existir «lesión», que no atendía a un vicio de la voluntad. Existiera o no dolo, lo relevante estaba en el desequilibrio, en la desproporción entre la cosa comprada y el precio pagado. Incluso como observa Hespánha, en los casos de desproporción más graves: lesión enormísima, aunque las partes hubieran renunciado a cualquier causa de rescisión, la violación objetiva del orden, la separación de la *aequitas*, justificaba la rescisión⁸⁹.

IV. REFLEXIONES FINALES

No sorprende que la noción de *aequitas* haya sido basilar en la justificación de todo el trabajo interpretativo de los doctores. Como sabemos, en su concepción, el derecho se define como *aequitas*, como expresión de un orden objetivo presente en cada relación jurídica, y que perdura en el entendimiento divino desde siempre. Se trata, en última instancia, de una corriente de agua que con vivacidad y fuerza cae desde lo alto empapando con su rocío a las cosas y a los hombres. La justicia general y originaria se halla en Dios y desde Él desciende a las cosas para convertirse en *aequitas rudis*. Realmente, en esta noción que involucra a la «naturaleza de las cosas» radica la pista para descubrir la concepción tomista sobre el derecho. En efecto, la verdadera *aequitas* que piensa el teólogo de Aquino poco tiene

⁸⁷ HESPANHA, *art. cit.*, p. 79.

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ *Idem.*

que ver con la epiqueya que expone en la *quaestio* 120 de la *secunda secundae* de la Suma de Teología y por el contrario, está directamente relacionada con el tratamiento que le dedica al derecho en la conocida cuestión 57 de la misma *secunda secundae*.

Por otra parte, el Medievo implicó una corralidad exquisita, una magna interpretación en donde participan las voces más diversas; los tonos más altisonantes. Sin embargo, si el orden es armonía, ésta, paradójicamente, se salva en la diversidad y desigualdad de los entes. Ahora bien, al estar ausente una mentalidad omnicomprensiva de las cosas, la noción que resume y permite concebir una realidad plural como la estudiada, es la de «autonomía», por contraposición a la de «soberanía». Se trata de un mundo de «relatividades», de relaciones entre distintos ordenamientos jurídicos que saben convivir a veces con fracturas y prepotencias, pero con un sentido muy claro de la propia incapacidad por abarcarlo todo. Lo anterior, aunado a la conciencia política que se muestra condicionada por la realidad verdadera, nos permite entender cómo se desenvuelve la relación política-derecho en la Edad Media. Recuérdese el primado ontológico de la realidad que es verdad, sobre el pensamiento del hombre, y que en los ámbitos jurídico y político implica la presencia constante de la *aequitas*, el mineral grandioso que puede ser extraído y convertirse en los más diversos objetos.