

## LA TÉCNICA DE INTEGRACION DE LAS NORMAS

Victor García Toma

### I POSTULADOS

Es evidente que ninguna norma, por minuciosa y casuística que sea, puede prever o adelantar la solución a la pluralidad de casos que la realidad plantee. Como bien afirma el tratadista José María Díaz Cossuelo: "La vida se renueva sin cesar y nuevas necesidades se presentan que no caben dentro de la fórmula rígida e inflexible de la ley". Asimismo señala que, como problema solidario de todas las épocas, se manifiesta con mayor intensidad en aquellos momentos en que se producen en forma acelerada profundas transformaciones sociales.

La aparición súbita de nuevas circunstancias, no previstas en el ordenamiento jurídico, acrecienta el volumen de casos en que un funcionario público se encuentra en la encrucijada de no saber cómo resolver el entuerto.

Más aún, a la falta de una adecuada regulación jurídica se acrecienta el hecho de existir normas que, a primera vista, parecen contemplar en su supuesto el hecho en consideración; empero al momento de ser aplicado resulta que aparca una solución absurda o injusta. En ese sentido, el proceso de integración jurídica no sólo se produce cuando no hay norma aplicable a un caso concreto.

Mediante la integración, en sentido lato, no se utiliza una norma; sino que ante su ausencia se crea una para un caso inédito que es objeto de conocimiento por algún órgano de poder jurisdiccional o administrativo. El tratadista Jorge Hubner Gallo<sup>1</sup> dice que se llama "integración jurídica" al procedimiento destinado a suplir, por vía jurisdiccional, las omisiones en que pueda haber incurrido la legislación.

1. Jorge Hubner Gallo. "Introducción al Derecho" Colección de Manuales Jurídicos.

El tratadista Máximo Pacheco G.<sup>2</sup> refiere que cuando el funcionario público llamado a resolver un asunto, al descubrir que los métodos de interpretación son impotentes para ofrecerle una solución al problema legal, tiene el deber de dejar de ser intérprete para asumir un papel semejante al del legislador.

Es de rigor que el citado investigue inicialmente si en el ordenamiento legal existen preceptos específicos para su aplicación. De encontrarse previstos deberá sujetarse a ellos. En el caso opuesto deberá aplicar los procedimientos que la ciencia jurídica le brinda para cubrir una laguna o vacío legislativo.

El funcionario público, en su condición de operador del derecho, tiene el deber de resolver las contiendas dentro del ámbito de sus atribuciones; la insuficiencia de la ley no puede relevarlo de tal obligación.

No obstante lo expuesto, no debe olvidarse que la utilización de las reglas de integración tienen carácter restrictivo. Ello es debido a que constituyen una excepción al principio predominante en nuestro sistema jurídico, en el sentido que las normas generales las crea el Poder Legislativo o, por delegación de éste, el Poder Ejecutivo.

## II PLENITUD DEL ORDEN JURIDICO

Es claro y notorio que las normas jurídicas no tienen entre sí una vida independiente, sino que se encuentran enlazadas doblemente (2); a saber:

- Enlace por relaciones de fundamentación y derivación, formando un todo homogéneo estructurado jerárquicamente, al que se denomina orden jurídico.

Dicho tipo de enlace se conoce como *fundamentación formal*.

- Enlace por el contenido de las normas; así ellas deben coincidir por *implicación* (respeto de las categorías y grados de la jerarquía normativa).

La implicación es una regla lógico-jurídica que consiste en la conexión existente entre preceptos unidos, por formar parte de un mismo orden, con ubicación en la pirámide según la jerarquía asignada.

---

2. Máximo Pacheco G. "Teoría del Derecho" Edit. Jurídica de Chile.

De esta regla se puede deducir los siguientes tres (3) aspectos:

a) *Las normas individuales se encuentran en situación implicativa respecto de las generales, ya que tanto el supuesto de hecho como los efectos jurídicos determinados en las primeras están comprendidos en las segundas.*

b) *Las normas generales con igual jerarquía se implican en cuanto a su contenido, por el criterio de la relación o conexión de lo particular a lo general.*

El tratadista José María Díaz Cousuelo plantea el caso de las normas relativas a un tipo de contrato y las referentes a la contratación in-génera.

c) *Las normas generales de igual o de distinta jerarquía pero adscritas a instituciones jurídicas distintas, funcionarán en base al criterio de conexión de lo particular a lo general, en virtud de que ambas se relacionan a través de una norma superior a ambas unas y otras. Así, las que rigen los contratos de compraventa y donación tienen su punto de contacto en los que se refieren a la contratación en general.*

El citado Díaz Cousuelo refiere que la gradación entre normas de igual jerarquía existe en base al distinto grado de abstracción o particularidad del supuesto de hecho que determina la aplicación. Cuanto más general es una norma por su contenido comprende mayor cantidad de normas generales comprende.

Por ende, la norma más específica excluye la necesidad de recurrir a una más general.

Como bien afirma el tratadista Giorgio del Vecchio<sup>3</sup>: "No hay interferencia alguna entre los hombres, no hay controversia posible, por muy complicada e imprevista que sea, que no admite y exige una solución jurídico cierta."

Ahora bien, el problema de las lagunas legales observado desde la tesis de la plenitud del orden jurídico fue preconizado por el tratadista alemán Federico Carlos de Savigny<sup>4</sup>

El consiste en que nuestro ordenamiento jurídico ha de considerarse

3. Giorgio del Vecchio. Cit. por César del Castillo. Rev. Ratio Magna.

4. Federico Carlos de Savigny. "Tratado de Derecho Romano Actual" Madrid, 1979.

hermético, completo; esto es, sin lagunas (los vacíos sólo existen en el campo de la ley) por cuanto siempre aparece la obligación del funcionario público, en su condición de operador del Derecho de encontrar una solución, haciendo uso de las pautas de interpretación que ofrece la ciencia jurídica.

Al respecto, el tratadista Eduardo García Maynez<sup>5</sup> sostiene que el Derecho carece de lagunas, pero que la ley las tiene necesariamente. Así *Derecho y Ley*, no son términos sinónimos, pues el primero es más amplio que el segundo.

El derecho tiene principios, orientaciones y finalidades que permiten prever toda la vida del hombre en sociedad.

El tratadista argentino Carlos Cossio<sup>6</sup>, al hacer referencia al papel del juez, ha señalado dos (2) grandes verdades:

- El juez debe juzgar siempre, porque dicha tarea es su razón de ser.
- Ningún *fallo judicial de principio* cae fuera del ordenamiento jurídico, por el sólido criterio lógico de que no hay partes fuera del todo.

### III LAS LAGUNAS LEGALES

Se denominan lagunas legales a las hipótesis no previstas por el legislador; es decir, a aquellos espacios vacíos que éste ha dejado en la ley por olvido, imprevisión o imposibilidad de imaginarlos.

El tratadista Karl English<sup>7</sup>, sostiene que se trata de la insuficiencia del Derecho vigente, la cual percibimos como ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones objetivas en que cabría esperarlo, y cuya eliminación exige y permite una decisión judicial que complementa el derecho.

Es usual que algunos hechos de la vida social no hayan sido previstos por el legislador, y, por tanto, no exista para ellos norma aplicable.

5. Eduardo García Maynez. "Introducción al Estudio del Derecho" Edít. Porrúa.

6. Carlos Cossio. "La Plenitud del Ordenamiento Jurídico" s/f.

7. Karl English. "Introducción al Pensamiento Jurídico".

Las lagunas son el resultado de la existencia de imperfecciones y defectos en la legislación.

*Las deficiencias* implican los vacíos propiamente dichos. Expresan la inexistencia de una norma para resolver un caso en la vía judicial o administrativa.

*Los defectos* implican la presencia de contradicciones normativas.

El origen de las lagunas puede provenir de algunas de las siguientes consideraciones:

- Cambio en los patrones culturales de una sociedad.
- Falta de previsibilidad por parte del legislador.
- Abrupto adelanto científico o tecnológico que desborda o transforma la sociedad.
- Ocio intencional del legislador.

El juez llamado a resolver una controversia descubre que las reglas de interpretación son intrascendentes para ofrecerle la pauta de solución que busca. Ante ello, para cumplir con su misión se ve en la necesidad de formular una "norma individual" para dicho caso. Así, el juez deja de ser intérprete para asumir un papel semejante al de un legislador.

## TIPOS DE LAGUNAS

El tratadista Ennecerus<sup>8</sup> afirma que existen lagunas en la legislación, en los siguientes cuatro (4) casos:

- Cuando la ley otorga al operador del Derecho una orientación genérica, señalando tan sólo expresa o tácitamente conceptos o criterios no determinados en sus particularidades; los que deben ser investigados en cada caso concreto. Así, tenemos que existen situaciones en que la norma remite al operador a la buena fe, a los usos del tráfico o lo deja resolver con arreglo a la equidad.

8. Ennecerus. "Tratado de Derecho Civil".



El art. 248 del Código Civil señala que "el matrimonio inválido produce efectos civiles respecto al cónyuge e hijos, si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio disuelto por el divorcio.

Si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efecto en su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos".

- Cuando hay falta de norma. Esta situación se produce cuando el legislador no puede prever todas las circunstancias y conductas posibles porque el progreso social, científico y tecnológico trae consigo muchas hipótesis para las cuales no existen normas aplicables.

Al respecto, pueden citarse los casos en que, como consecuencia del avance científico y tecnológico, se efectúan acciones tales como el préstamo del claustro materno; el alquiler de vientres; la fecundación con semen ajeno; el congelamiento de embriones; la concepción en probeta; la inseminación artificial, etc.

Dentro de este ámbito incluimos las situaciones creadas por el denominado ocio legislativo, que consiste en que con posterioridad a la dación de una ley debe expedirse un reglamento que la complemente; mas lamentablemente dicha pauta legal no se dicta.

- Cuando dos normas sin referencia alguna entre sí se contradicen haciéndose recíprocamente ineficaces.

Este tipo de laguna denominada técnicamente antinomia se genera ante la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas frente a un hecho, acontecimientos o suceso.

Cuando la antinomia es *directa* se resuelve mediante las *reglas de coherencia* anteriormente señaladas.

Cuando la antinomia es *indirecta* no existe referencia mutua entre sí- obliga a la integración jurídica.

Las situaciones de antinomia indirecta que obligan a una labor creativa de parte de un operador del derecho, se resumen en los tres (3) casos siguientes:

a) Incompatibilidad entre una norma que manda hacer algo y la existencia de otra que la prohíbe.

b) Incompatibilidad entre una norma que manda hacer algo y la existencia de otra que permite no hacerlo.

c) Incompatibilidad entre una norma que prohíbe hacer algo y la existencia de otra que permite hacerlo.

La antinomia indirecta parte del supuesto de normas incompatibles que tienen la misma validez en el tiempo y en el espacio; empero inspiran sus consecuencias jurídicas en fines o criterios ideológicos contrapuestos; a saber: la libertad y el orden; el interés público y la seguridad jurídica de los particulares; etc.

A guisa de ejemplo genérico tenemos que, en base a lo dispuesto en el art. 183 de la Constitución de 1979, el art. 19 del Reglamento Interno de la Cámara de Diputados establece que cuando un Diputado sea considerado como supuesto perpetrador de delito común o en el ejercicio de sus funciones, sólo puede ser juzgado por la Corte Suprema de Justicia.

En cambio, con el mismo fundamento constitucional el art. 86 del Reglamento Interno del Senado deja entrever que sólo en el caso de supuesta perpetración del delito en el ejercicio de la función cabe el privilegio del juzgamiento de un Senador ante la Corte Suprema de Justicia.

Debe advertirse que teniendo todos los representantes del Congreso el mismo rango, no es jurídicamente aceptable establecer dos vías jurisdiccionales distintas; por cuanto donde existe la misma razón existe el mismo derecho.

- Cuando la norma deviene inaplicable por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquéllas o sospechado éstas.

Hecho concreto puede verificarse en la famosa Enmienda XVIII de la Constitución de los Estados Unidos dictada con el objeto de desterrar una de las lacras de la década de los años veinte, como era el consumo de alcohol. Por tal motivo se prohibió la importación, exportación, producción y consumo de dicho tipo de producto. El efecto creado por el legislador fue distinto al previsto ya que originó una mayor inquietud por el consumo dentro de la población; así como la generación y consolidación de mafias organizadas.

Igual hecho se suscitó con la Resolución Cambiaria No. 015-87/EF/901, de fecha 16-06-87, por la que el Estado Peruano facilitó la adquisición de

moneda extranjera a través de los bancos, con el objeto de acabar con su compra en el denominado mercado negro (Jr. Ocoña-Lima).

Dicha decisión legislativa motivó que los trabajadores bancarios, encargados de la venta, auto-comprasen moneda extranjera y la revendiesen en plena calle a precios exorbitantes.

Las contradicciones normativas pueden ser clasificadas en:

#### a) **Contradicciones Técnico-Legales.**

Aparecen cuando dos o más normas carecen de unidad en la definición y conceptualización técnico-lógica. Tal el caso de la denominación funcionario para las disciplinas como el D. Penal, D. Constitucional y D. Administrativo.

#### b) **Contradicciones de Principio.**

Aparecen cuando dos o más normas plantean criterios rectores en abierta contradicción con la armonía, racionalidad y sistematización de un ordenamiento. Tal el caso del Indubio pro-reo y el Indubio pro-societas.

Desde una perspectiva amplia, la actuación de un funcionario público frente a un caso no previsto por el legislador nacional, se resume en las tres (3) formas siguientes:

- Llenar la laguna mediante la libre estimación (D. Libre).

Esta posibilidad no se encuentra admitida en nuestra legislación.

- Negar cualquier pretensión, pedido, etc., no fundada expresamente en una norma jurídica.

Esta posibilidad no se encuentra admitida en nuestra legislación.

- Resolver utilizando los modos de integración.

Esta actuación, definida por Phillip Heck<sup>9</sup> como una tarea de

9. Phillip Heck, Cit. por Giuseppe Lumia. "Principios de Teoría e Ideología del Derecho". Edit. Debate (Madrid).



complementación coherente y dependiente del marco plenario del orden jurídico, se encuentra permitida y auspiciada legislativamente.

#### **IV. LOS MODOS DE INTEGRACION**

Son aquellos que señalan las reglas que sirven de fuente de solución para llenar los vacíos legislativos. Estos son los tres (3) siguientes:

- Los Principios Generales del Derecho.
- La Analogía.
- La Equidad.

Los operadores del Derecho, especialmente los magistrados, se encuentran en la obligación de llenar los vacíos legislativos, utilizando los modos de integración previstos en los incisos 6 y 8 del art. 233 de la Constitución Política; así como los art. IV y VII del Título Preliminar del Código Civil; normas que aluden a los Principios Generales del Derecho y la Analogía.

Es frecuente que el ordenamiento legal haga invocación expresa de la utilización de la Equidad; tal es el caso de nuestro C.C. Más aún, independientemente de dicha mención, el operador del Derecho en ejercicio de su poder discrecional dentro de la ley, la expone como criterio integrador para un caso particular y concreto.

Ahora bien, un sector de la doctrina se refiere a la posibilidad de que, en algunos casos, la laguna legal sea colmada mediante una cautelosa dilación. Así aconteció con la sucesión dinástica española que planteó la muerte de Alfonso XII (1885), que dejó dos hijos, a la mayor de los cuales le correspondía automáticamente el derecho a la corona; pero, ante la confesión de la Reyna viuda de encontrarse embarazada (circunstancia desconocida), se impuso una espera para determinar si lo concebido resultaba varón. En efecto, producido el alumbramiento se confirmó tal hecho, siendo éste el heredero legítimo de la corona.

#### **1. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO**

Expresan axiomas, pautas básicas o postulados, que en redacción o inspiración concisa fundamentan determinado *Ordenamiento Legal*.

Tienen fuerza de ley en aquellas situaciones en que no estuvieran regulados por una norma.

Dicha expresión implica a todos aquellos que se encuentran *comprendidos* en un determinado ordenamiento, así como aquellos en los cuales este se *origina*; amén de los referidos a los que forman parte *constante y permanente* del Derecho de cualquier Estado.

El sentido de los Principios Generales del Derecho involucra tanto los juicios estimativos supremos (P. de conocimiento) como los juicios lógicos que estructuran el comportamiento jurídico (J. de valor).

En suma, como bien plantea Jaime Mans Puigarnan, los Principios aluden a fundamento, elemento, comienzo, razón, condición y causa.

El tratadista Víctor Ortocho Villena<sup>10</sup>, con acierto plantea la necesidad de distinguir los Principios Generales del Derecho de los Criterios y Reglas Jurídicas; a saber:

- Los Criterios expresan metodológicamente una orientación científica para conocer la verdad legal.

- Las Reglas expresan pautas lógico-axiológicas que ajustan y acondicionan las acciones o conductas de las personas en inter-relación subjetiva.

Como verdaderos pilares o puntos basilares del Derecho *en general*; y de un ordenamiento jurídico *en particular*, cumplen una doble utilidad:

- Se constituyen en *normas supletorias* cuando el derecho vigente, en una comunidad determinada, no ofrece solución precisa y concreta a un conflicto inter-personal.

- Se constituyen en *normas superiores o categorías jurídicas* cuando son recogidas por la normatividad. Como tales expresan una noción o idea fundamental que, por ende, comprenden otras de menor valor rango o valor.

En ese sentido, al presentarse como Categorías Jurídicas de un específico ordenamiento, permiten la regulación de una situación jurídica de manera

10. Víctor Ortocho Villena. "Los criterios de Aplicación de las Leyes". Edit. Libertad (Trujillo).

lógica, armónica y sistematizadora, con los fines y valores que el derecho persigue alcanzar a través de la dación de normas.

Su aplicación consiste en buscar la solución integradora del derecho, ya sea por defecto o vacío legislativo, en dos planos superpuestos:

En el primer plano se asciende, por vía de abstracción de las disposiciones particulares o de menor jerarquía, hacia determinaciones cada vez más amplias y de mayor valor; a efecto de encontrar en ese *ascenso* el punto basilar que informa y unifica a todas las normas utilizadas.

En el segundo plano se accede directamente a axiomas o ideas que virtualmente informan el Derecho de manera plenaria. A este último plano se accede por defecto de los alcances del primero.

Debe admitirse que ambos se ligan en una necesaria clasificación de los Principios Generales del Derecho; a saber:

#### **a) Principios Generales del Derecho Plenario.**

Se trata de fundamentos que tienen manifestaciones universales; y que, por ende, pueden estar exentas de referencias específicas en un ordenamiento jurídico.

Su inspiración puede ser por:

- *Fundamentos Jus-Axiológicos.*

Se trata de criterios que responden a las exigencias de una justa regulación de las relaciones jurídico-sociales.

Al respecto, es dable recordar que el Derecho vive primariamente en la conciencia del hombre como pensamiento o idea de justicia. Así tenemos las nociones de buena fe, orden público, seguridad jurídica, la persona humana como fin supremo de cualquier entorno gregario, etc.

Estos fundamentos toman muy en cuenta la naturaleza humana; su realidad ontológico-universal. No pierden de vista que el hombre se encuentra sometido a leyes biológicas y normas éticas ineludibles, ya que en caso contrario pierde su condición de tal.

Debe advertirse que en todo sistema jurídico se van a manifestar los mismos principios, aunque su especificación varíe según las coordenadas culturales de cada comunidad.

*- Fundamentos Disciplinarios.*

Se trata de criterios que informan la constitución y desarrollo de una disciplina específica del Derecho. En puridad, subsumen, condensan o resumen la quinta esencia de una disciplina.

Así tenemos que en el Derecho Civil aparecen criterios tales como "Pacta sunt servanda" o "Nemo por parte testatus, pero parte intestatus decidre potest", la caducidad, etc.

En el Derecho Penal aparecen los atinentes al "Nullum crimen nulla poena sine praevia lege", "Indubio pro reo", etc. En el Derecho Procesal el principio dispositivo, inquisitivo, integrativo de sentencias, etc.

## **b) Principios Generales del Ordenamiento Jurídico.**

Se trata de fundamentos que tienen manifestaciones concretas y específicas en un ordenamiento jurídico.

Su inspiración puede ser por:

*- Fundamentos Ideológicos.*

Se trata de criterios o ideas fundamentales que usualmente aparecen en la fórmula política vigente en un orden social determinado. Se constituyen en el vector de lo que dicha sociedad expresa acerca de su sistema jurídico. Por dicha razón inspira a los legisladores y jueces.

*- Fundamentos de Tradición Comunitaria.*

Se trata de criterios que dan tipicidad y fisonomía al orden jurídico de un pueblo. Expresan los criterios y convicciones que marcan la idiosincrasia y peculiaridad de una comunidad adscrita a un entorno geográfico y una vivencia cultural determinada.

Manifiestan, en cierta medida, el espíritu nacional develado en el orden jurídico.

En el caso peruano, el sentido colectivista y participatorio del pueblo en la administración de justicia va "ganando paulatinamente" un pequeño lugar en nuestro ordenamiento. En esa misma medida se ha incorporado la noción de la *reciprocidad*; esto es, la correspondencia a una acción contra otra semejante; la misma que nos da la preocupación social, la ayuda comunitaria que va a necesitarse en cualquier etapa de la vida.

El conocimiento de los principios generales del Derecho surge armoniosamente de la experiencia y la razón; es decir, tanto de la aprehensión inmediata de un hecho como de la actividad discursiva a priori que permite explicar un hecho o establecer una verdad.

En ese sentido, pueden ser conocidos por vía deductiva (razón) o por vía inductiva (experiencia).

La vía deductiva, efectúa el estudio lógico de los textos jurídicos, a efectos de "descubrir" en ellos los Principios Generales sobre los cuales se fundan, para luego descender de ellos y elaborar una norma general.

Así, por medio de la razón se deducen los *puros principios* que establecen la *multiplicidad* pluralidad de la reglas de Derecho.

Su utilización permite acreditar que un determinado hecho se adscribe a la reglas de un Principio General conocido, notorio y evidente.

La vía inductiva se efectúa como un procedimiento analítico. Los principios se deducen por descomposición de sus componentes o de otras proposiciones que asciende de la particularidad de un todo a la universalidad del ordenamiento jurídico de un país.

Es de advertirse que no es preciso buscar tales *principios* en una voluntad jurídica distinta de la que inspiró al legislador para suplir las omisiones de éste; sino que el intérprete ha de investigarlos en la misma razón en que el legislador bebió. Así es como se comprobará la armonía entre los Principios Generales del Derecho y las restantes normas jurídicas.

Para el tratadista Francisco Carnelutti<sup>11</sup> este modo de integración no es algo que exista fuera del derecho escrito, sino dentro del mismo; porque de ellas

11. Francisco Carnelutti. "Sistema de Derecho Procesal Civil".



derivan las normas. Se encuentran dentro de la legislación como el alcohol dentro del vino. En suma, son el espíritu y esencia de la ley.

Es evidente que los Principios Generales del Derecho, son de "*naturaleza normativa*", por cuanto:

Son obtenidos mediante generalizaciones sucesivas de las normas individuales las que, pese a llegar a cierto grado de generalidad, no cambian de naturaleza (Principios Generales del Ordenamiento Jurídico).

Los que no son obtenidos por generalización, sino más bien de modo inmediato, ofrecen al igual que éstos una función de percepción o modelo conductual integrador (Principios Generales del Derecho Plenario).

Debe agregarse que tienen carácter normativo dentro del proceso de integración, ya que de no ser así resultarían totalmente ineficaces para dicha tarea.

Como se ha dicho, en primera instancia, nos valemos de "*las normas no expresadas literalmente*" (P.G. del O.J.) a los que se llega por generalizaciones sucesivas, a partir de los preceptos del ordenamiento jurídico de rigor.

Ahora bien, cuando esta primera instancia resulta poco eficaz, "*aprehendemos*" aquellas "*normas no expresadas literalmente*" por derivación y aporte de los Principios Generales del Derecho Plenario.

Cabe la posibilidad de acceder vectorialmente hasta los Principios Generales del Derecho Plenario; a condición que su utilización no colisione con ninguna norma específica del ordenamiento jurídico.

Al respecto, será oportuno el recoger aquellos fundamentos jus-axiológicos, lógico-técnico-jurídico o disciplinarios, por ser racional o técnicamente indispensables a los fines del Derecho, como instrumento de regulación de relación social.

Ahora bien, en esta segunda instancia no son aplicables aquellos principios, que si bien provienen del Derecho Plenario, resultan contradictorios o no conforme con una norma vigente del ordenamiento. Ello en razón de que el *orden legal* debe constituir un todo único y homogéneo.

En suma, son de aplicación los Principios Generales *implícitos* en el orden jurídico, así como los de carácter universal o plenario no contradichos por él.

El tratadista José M. Díaz Cousuelo<sup>12</sup> afirmó que tienen un doble objetivo, ya que son el fundamento del Derecho vigente y, además, fuente en sentido técnico; pues el juez se apoya subsidiariamente en ellos para resolver un caso.

En suma, los Principios Generales del Derecho pueden ser deducidos a priori, así como también mediante una labor de abstracción. No son consecuencia de las pautas legales vigentes, sino que éstas los informan o contienen, convirtiéndolos de conjuntos inorgánicos en unidad normativa vital.

Entre los principales Principios Generales de carácter Jus-Axiológico, Lógico-Técnico-Jurídico e Ideológico, que conforman nuestro ordenamiento, tenemos los siguientes:

1. La preponderancia de los intereses comunes sobre los puramente privados.
2. La igualdad entre los hombres.
3. El fiel cumplimiento de los compromisos contraídos.
4. Nadie puede enriquecerse sin causa justa y a costa ajena.
5. Reparación del daño injustamente causado.
6. Todo lo que no está prohibido está permitido.
7. Lo admitido por necesidad, no puede citarse como ejemplo.
8. Ninguno responde por su consejo sólo cuando lo da con engaño.
9. No es precedente invocable lo concedido por gracia.
10. Quien prohíbe una cosa, prohíbe lo que de ella provenga.
11. Nadie puede transmitir a otro más derechos de los que tiene.
12. La ignorancia de hecho excusa; pero no le da Derecho.
13. La necesidad hace lícito lo ilícito.
14. Lo malo una vez se presume malo siempre.
15. La Ley no tiene, en principio, efecto retroactivo.
16. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal.
17. Quien puede lo más puede lo menos.
18. Quien puede hacer puede permitir.
19. El género es derogado por la especie.
20. Quien se obliga lo hace a lo menos posible.
21. Nadie debe lucrar con daño de otro.
22. Las obligaciones se extinguen por las mismas causas que nacen.
23. Quien calla se presume que otorga.
24. Quien puede donar, puede vender.

12. José M. Díaz Cousuelo. "Los Principios Generales del Derecho". Buenos Aires.

25. El primero en el tiempo es mejor en derecho.
26. Alguna culpa tiene quien se entromete en lo ajeno.
27. No se debe castigar dos veces por lo mismo.
28. Puede oponerse la fuerza a la fuerza para defenderse.
29. Nadie puede ser condenado sin ser oído.
30. No vale la sentencia dada sobre cosa no pedida.
31. En lo oscuro lo mínimo.
32. Quien sabe y consiente no recibe injuria ni engaño.
33. Lo que abunda no daña.
34. Nadie recibe beneficios contra su voluntad.
35. La validez de los pactos libremente convenidos.
36. El respeto de la libertad como expresión del valor absoluto de la persona humana.

## LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LA LEGISLACION PERUANA

El inc. 6to. del art. 233 de la Constitución Política de 1979 y el art. VIII del Título Preliminar del Código Civil señalan que ante la existencia de una laguna legal surge la facultad jurisdiccional de aplicar los Principios Generales; y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

A este respecto, tales principios provienen de su admisión permanente, duradera, estable, fija, incesante e invariable dentro de nuestro ordenamiento. En ese sentido, la constatación histórica es el hilo conductor para determinar su existencia y calidad.

Los antecedentes históricos de cada una de las normas de nuestro derecho vigente *develan* la existencia de *principios* informantes de nuestro ordenamiento jurídico "in totum".

Un ejemplo claro de ello sería el art. 65 de la Constitución Política que reconoce el derecho a voto de los ciudadanos; el mismo que surge de las canteras de los fundamentos jus axiológicos e ideológicos; y que ha sido expresado, desde los albores de la República, en todos los textos fundamentales nacionales. Así aparecen en los artículos 14 de la Constitución de 1826; 13 inc. 14) de la de 1828; 8 inc. 2) de la de 1839; 37 de la de 1856; 38 de la de 1860; 3 de la de 1867; 66 de la de 1920; y 86 de la de 1933.

## 2. LA ANALOGÍA

Regla consistente en la aplicación de las consecuencias de una norma establecida en un caso previsto por el legislador, a otro no contemplado por él, en razón de existir entre ambas, una igualdad esencial, derivada de una misma identidad o razón.

Para que pueda aplicarse la misma consecuencia jurídica es necesario que exista entre ambos casos una semejanza esencial o relevante. Es decir que se encuentre una cualidad común.

Se entiende por *igualdad esencial* a la identidad parcial verificada en dos hechos jurídicos. Ante ello se requiere la aplicación de lo justo igual para ambos casos. Como bien afirma el viejo aforismo romano: "Libi et cadem ratio, ibi cadem dispositio juris esse debet" (donde se da la misma razón, allí debe haber igualmente la misma disposición jurídica).

El fundamento de su aplicación se sustenta en el criterio sumo de la paridad jurídica, la cual exige que casos semejantes deben ser regulados con criterio semejante.

Como bien afirma Francisco Miró Quesada Cantuarias<sup>13</sup>: "considerada de manera general, consiste en la comunidad de rasgos encuadrados de un marco determinado y preciso".

Así, dentro del universo de los vertebrados felinos el tigre y la pantera son especies análogas, en razón de que ambos son mamíferos, cuadrúpedos y emparentados con la familia gatuna.

Por ejemplo, una ley prohíbe la venta de libros obscenos a menores de edad. Se trata de determinar si cabe igual consecuencia jurídica a un hecho no regulado como es la venta de discos de música salsa-crótica.

En ese sentido, la igualdad esencial en ambos bienes se entiende en su contenido impúdico y con ataque al pudor.

Para que pueda aplicarse la misma consecuencia jurídica, es necesario que exista entre ambos casos una semejanza esencial o relevante. Es decir, tal como afirma el tratadista Norberto Bobbio<sup>14</sup>, que se encuentre una cualidad común.

13. Francisco Miró Quesada Cantuarias. "Tratado de Derecho Civil". Universidad de Lima.

14. Norberto Bobbio. "Teoría General del Derecho". Ed. Temis (Colombia).

No obstante lo expuesto, no existe regla delimitada para cuantificar el volumen, cantidad o número de propiedades que deben tener en común, el caso regulado y el no regulado.

El tratadista Eduardo García Maynez<sup>15</sup> explica que los preceptos jurídicos constan de tres (3) partes y entre ellas sobresalen el supuesto y la consecuencia.

La primera es la hipótesis, de cuya realización depende el nacimiento de determinadas disposiciones del derecho.

La segunda expresa qué implicancias jurídicas se encuentran entrelazadas a la realización del supuesto.

En ese sentido, cuando en los supuestos de dos (2) proposiciones jurídicas existen algunos elementos sustantivos comunes, cabe afirmar que existe una igualdad esencial.

Esta igualdad esencial se refiere a aquel *elemento de hecho* que el legislador tomó en consideración para establecer una determinada norma con la que se quiere asemejar la situación no regulada.

El fundamento -la *ratio legis*-; ergo, el principio constitutivo del espíritu de la norma, es el que permite la extensión analógica. Para que ello proceda no es suficiente la simple semejanza entre las dos (2) situaciones: requiere, además, que la *razón* que inspira a la regla general que norma el caso previsto, puede ser similar con relación al caso no previsto.

La justificación de su utilización radica en la identidad jurídica de sustancia o de fundamento. Así, por ejemplo, no es posible trasladar las labores específicas de la Comisión Permanente del Congreso en favor de una de las Cámaras; porque no se encuentra el fundamento que justifica la existencia de estas facultades otorgadas preceptivamente en beneficio del *órgano especial*, en favor de otro ente responsable de sólo meras tareas generales.

## ANALOGIA Y LA INTERPRETACION EXTENSIVA

Las diferencias existentes entre la Analogía y la Interpretación Extensiva es planteada por el Tratadista Luis Diez Picazo<sup>15</sup>, en los términos siguientes: El

15. Luis Diez Picazo. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*.



ámbito de aplicación de una norma jurídica comporta una doble delimitación: La primera recibe la denominación de *genérica*, que se produce a través de la institución jurídica dentro de lo cual la norma actúa. La segunda, conocida como de *específica*, es aquella que resulta de la configuración de su propio supuesto de hecho.

Por tal motivo, se actúa por *vía analógica* cuando se traslade la norma integradora de una institución jurídica a otra. En cambio, se opera por vía de interpretación extensiva cuando la mantiene la norma dentro de su propio marco institucional, empero incluyéndole más supuestos que aquellos que su literalidad encierra.

El citado plantea como ejemplo integrador el caso del art. 752 del C.C. español que señala que no producirán efecto las disposiciones testamentarias que efectúe el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado.

Se optaría por la *Analogía* trasladando esta norma que pertenece a la institución jurídica del *testamento*, a los negocios jurídicos inter-vivos y aplicándola, v.gr., a una donación hecha por un enfermo al sacerdote que lo hubiera confesado.

En cambio, se optaría por la interpretación extensiva cuando se mantuviera la norma dentro de su propio marco institucional (*testamento*), entendiendo la prohibición no sólo al sacerdote confesante, sino también a aquél que le hubiera administrado el sacramento de la extremaunción o que hubiera prestado al enfermo cualquier otra clase de auxilios o consuelos espirituales.

En suma, la *Analogía* es el acto por el cual se atribuye a situaciones parcialmente *idénticas* (una prevista en la legislación y otra no regulada por ella), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto.

El operador del Derecho que utiliza la *Analogía* no crea una norma general, sólo la descubre y la explícita. Con arreglo a ella se dicta la norma particular que resuelve el caso.

Al respecto, el tratadista Marcial Rubio Correa<sup>16</sup> señala que ella consiste en que el agente aplicador del Derecho toma una norma con un supuesto

16. Marcial Rubio Correa. "El Sistema Jurídico". Colección de textos de la P.U.C.

elaborado para una situación determinada y lo aplica a otra que es distinta, pero de identidad semejante a la prevista.

En ese sentido, mediante ella se produce una auto-integración del derecho. El tratadista Francisco Carnelutti afirma que "es una especie de soldadura autógena del Derecho"

### ESQUEMA

#### *Caso previsto*

SUPUESTO	DEBE SER	CONSECUENCIA
A,E,I,O,U,N y S	—	X

#### *Caso no previsto*

SUPUESTO	DEBE SER	CONSECUENCIA
A,E,I,O,U,N y S	—	?

Encontramos en ambos casos una identidad esencial expresada a través de las letras A,E,I,O,U así como también en una identidad accesoria en las letras M,N,S y Z; las mismas que figurativamente no serían sustantivas para la elaboración de una fundamentación normativa.

Planteado en términos más asequibles decimos:

#### *Caso previsto*

"La tierra está poblado por seres vivos de carne y hueso que tienen protección jurídica"

#### *Caso no previsto*

"Marte está poblado por seres vivos de color verde ..."

En aplicación de la analogía encontramos que ambos planetas tienen de común la propiedad de ser habitados por seres vivos; luego los seres vivos de Marte deben tener también protección jurídica.

Es de verse que los elementos de la identidad accesoria no alteran la ratio legis; por ende, se puede asignar la consecuencia prevista por el legislador hacia el otro no previsto.

### Requisitos

Para su aplicación se exige los cuatro (4) siguiente:

- Existencia de una laguna de la ley.
- Igualdad esencial entre los supuestos normativos del caso previsto por el legislador y del omitido por este.

Supuestos -Previsto y no previsto- adscritos a instituciones jurídicas distintas.

- Inexistencia de voluntad expresa del legislador excluyéndola en su aplicación para determinados casos.

En cuanto a esto último, cabe afirmar que la Analogía es inaplicable en los cuatro (4) aspectos siguientes:

- En los casos de materia penal (calificación de un hecho como delito o falta, definición de un estado de peligrosidad, determinación de pena o medida de seguridad)
- En los casos de una norma expedida con carácter excepcional.
- En los casos de una norma con vigencia temporal.
- En los casos en que se restringen derechos.

Señálase, asimismo, que el Tribunal Supremo Español ha expresado en una Ejecutoria, expedida el 22 de marzo de 1969, que no pueden aplicarse a un supuesto regido por un sistema jurídico determinado los principios que sirven de fundamento a un sistema jurídico distinto.

Es dable recordar que el Juez O'Brien, en 1896, dejó sentada importante jurisprudencia sobre la materia, al resolver una situación no prevista en la legislación de su época. Así, en el histórico caso Adams Vs. New Jersey Steamboat Co. 151 N. York, se estableció que las relaciones que se daban entre

una compañía de barcos de vapor y sus pasajeros que habían tomado camarotes para su comodidad durante el viaje, no diferían en ningún aspecto, de la que se daba entre el hotelero y sus huéspedes.

En ese sentido, esgrimió el talentoso magistrado que si bien las dos (2) relaciones no eran idénticas, presentaban una analogía tan estrecha que debían serles de aplicación las mismas reglas de responsabilidad. Por ello declaró que la compañía de navegación debía ser considerada como responsable del dinero robado al demandante sin que existiese necesidad de prueba de negligencia.

Otro ejemplo típico es el relativo a la formación de Derecho Aeronáutico. Durante los primeros tiempos de auge de esta materia, se carecía de preceptos normativos: por la similitud de su situación se aplicaron por Analogía las pautas del Derecho Marítimo. Así, durante la primera guerra mundial se entendió que las visitas a las naves neutrales en el conflicto, alcanzaba también a las aeronaves neutrales, ya que la sustentación de la norma del D.M. tendía a enervar la posibilidad de contrabando, situación que, igualmente, podía suscitarse a través del uso de aviones.

Es citable el planteamiento del notable tratadista Norberto Bobbio quien, en 1938, planteó que las normas relativas a los contratos podían aplicarse analógicamente a los *testamentos*, ya que se sobreentiende que existe una proposición general, según la cual la declaración de voluntad debía regularse de la misma manera.

Existen, en la historia, casos aberrantes de su *aplicación*.

Como ya se dijo, la Analogía es inaplicable en materia penal, ya que en los casos imprevistos no lo están sólo por omisión, sino, además, porque se supone que el legislador no desea sancionarlos.

Este es el denominado principio de reserva que en el D. Penal se traduce en el aforismo clásico: "No hay crimen ni pena sin ley"; o en el más moderno que señala: "No hay delito sin tipicidad".

No obstante, en la Alemania Nazi se promulgó una ley que establecía que "será castigado quien cometa un acto declarado punible por la ley o que merezca sanción según el pensamiento fundamental de una ley penal y el sano sentimiento del pueblo.

Si ninguna ley penal determinada pudiese aplicarse directamente al delito,

éste será penado conforme a la ley cuyo pensamiento fundamental sea más exactamente aplicable”.

En el Congreso de Berlín de 1935, el Ministro de Justicia proclamó que “la máxima No hay delito sin ley, había sido reemplazada por esta otra: No hay delito sin pena”. Asimismo, señaló que “el principio interpretativo consignado en los trabajos preparatorios del C.P. en que las leyes deben ser interpretadas conforme a su espíritu y su finalidad. Estas deben ser ilustradas a base de las manifestaciones del Führer, del sano sentimiento del pueblo y de los pensamientos jurídicos que constituyen la base de las leyes”.

La Analogía se presenta de dos (2) formas:

- La Analogía de la ley,
- La Analogía del Derecho.

## LA ANALOGIA DE LA LEY

Consiste en el procedimiento para llenar una laguna legalmente, utilizando una específica disposición legal.

En esta hipótesis existe una relación entre caso y caso; entre materia y materia.

Tal como afirma Francisco Miró Quesada C., implica “incorporar a la extensión de una norma uno o más casos. Es decir, sólo se utiliza la ley que se interpreta y se relaciona con casos que no caen bajo su extensión originaria”.

## LA ANALOGIA DEL DERECHO

Consiste en el procedimiento que toma como punto de partida del razonamiento varias normas de la cuales, por vía inductiva, extrae un principio general. Es evidente que el caso materia de integración no resulta igual a ninguno de los supuestos normativos de los preceptos utilizados; sin embargo, tiene una identidad semejante con el supuesto de hecho del principio general inducido de las referidas normas.

El esquema de dicha modalidad analógica podría ser el siguiente:



- Normas

A, B y C por vía inductiva devienen en Principio General Z.

- Principio General

Sostiene que dado  $R + R$  deber ser  $RR$ .

- Caso no previsto

Supuesto planteado tiene identidad semejante con el previsto en el P.G.

- Consecuencia Jurídica del caso no previsto

Para el supuesto del caso no previsto la consecuencia jurídica debe ser Z.

Recogiendo y recreando un ejemplo del tratadista Luis Díez Picazo, planteemos el siguiente caso:

1º Se discute la facultad de un socio gestor de una empresa en liquidación, de retener para sí determinados bienes, en tanto no se le reembolsen los gastos particulares realizados para la conservación de los citados.

2º Se advierte que ninguna norma del C. Civil contempla de manera directa y especial la normación del supuesto arriba aludido.

3º Se encuentran normas que atribuyen un *derecho de retención* en disímiles instituciones jurídicas; a saber: en favor del poseedor de buena fe en bienes ajenos; al usufructuario; al contratista de una obra; al mandatario; y al depositario.

4º Se aplica la Analogía de Derecho, encontrándose el siguiente Principio General: Cuando por consecuencia de una determinada relación jurídica anterior una persona ha realizado gastos o desembolsos en una cosa ajena y está obligado a restituir dicho bien, ésta puede legítimamente suspender la restitución hasta que dichos gastos le sean abonados.

5º Se concluye que el socio tiene el derecho de retención sobre Estados bienes sociales.

Entre los casos concretos de aplicación de la Analogía podemos presentar las tres (3) siguientes:

*- Cuando hay una igualdad de motivos*

En un contrato de alquiler se prohíbe al inquilino la cohabitación con perros para garantizar la salubridad y tranquilidad vecinal.

Analógicamente la prohibición alcanza a quienes intentasen cohabitar con gatos.

Las previsiones de la patria potestad analógicamente pueden alcanzar al régimen de tutela.

*- Cuando existe una mayor razón*

Se tiene por ordenado o permitido de manera implícita que se haga "menos" de lo que está preceptuado expresamente en una situación jurídica previamente regulada. Así, en caso de permitirse la divulgación escrita de los actos acaecidos en las sesiones del Parlamento, se comprende analógicamente que también se permite hacerlo oralmente, puesto que este modo de divulgación es menos eficaz y oficial que el escrito apuntado gráficamente.

Si se autoriza a las personas a vender inmuebles, analógicamente cabe reconocerle la capacidad para hipotecarlos.

*- Cuando se refiere a una prohibición que se juzga de menos importancia a otra de mayor importancia*

Un municipio prohíbe pisar el césped de un parque público a efecto de mantenerlo en buen estado; analógicamente dicho impedimento alcanza a no arrancarlo, ya que tal acción es más destructiva.

En síntesis; la Analogía permite resolver uno de los problemas básicos de cualquier ordenamiento: la innovación del sistema conservando su estructura. Ello permite reducir la complejidad del medio social, al auspiciar la adecuación del sistema constituido por un conjunto de normas fijas, a un medio en constante transformación.

Su función integradora que permite la aplicación de una ley a algo para lo que no había sido creada, se sustenta en la labor del operador del Derecho, que considera que la situación que ocurre no está prevista por la norma, pero es análoga a la contenida en su supuesto; y por tanto la aplica, pero cambiando en algo dicho supuesto.

El axioma de este modo de integración es "donde existe una misma razón existe un mismo derecho".

### 3. LA EQUIDAD

Los operadores de un sistema jurídico se mantienen como vigías de cofa en pro de la adecuada regulación de la realidad concreta; la misma que por las mutaciones sociales, el avance científico y tecnológico se encuentra en permanente evolución. Ello supone que a través de las decisiones administrativas y judiciales se realice una teoría readaptativa o legisferante, según sea caso.

En ese sentido, la equidad consecuente con una tarea readaptativa o legisferante; según sea el caos, permite la preservación de lo fundamentalmente justo.

Se trata de la justicia concretizada, basada en el reconocimiento de un derecho que trasciende la norma legal.

Es evidente que hacer la ley es comenzar el camino hacia la justicia; integrarla equitativamente es llevarla a su término.

La expresión equidad deriva de la voz latina *aequitas* que significa igualdad. En consecuencia, como fundamento esencial para la aplicación de la justicia, implica exactitud y equilibrio en las relaciones interpersonales. Empero, dicha terminología proviene también de la voz griega *epikeya* que alude a mitigación.

Es de verse que ambas expresiones si bien no son sinónimas; en cambio son análogas. Ellas significan adaptación de la ley a la realidad.

En puridad, la idea básica de la equidad tiene un doble efecto:

- Como expresión de igualdad, ponderación y ecuanimidad para la aplicación de la justicia.
- Como expresión de comprensión y mitigación al momento de establecer las consecuencias jurídicas negativas (aplicación de penas, sanciones).

#### Clases de equidad.

Puede ser clasificada de las dos (2) maneras siguientes:

### **Equidad correctora.**

Se establece como un criterio ponderador, juicioso y prudente en la aplicación de una norma (tarea readaptativa). Sirve como elemento de apoyo al intérprete o hermeneuta en la técnica de interpretación - integración normativa.

Se desempeña como correctivo de los defectos que acarree la aplicación de una norma al ser aplicada a casos particulares y concretos no previstos, de manera plenaria, por el legislador.

La equidad correctora impide que la aplicación mecánica y literal de un precepto conduzca a la consumación de un despropósito o una injusticia; es decir, una incongruencia axiológica y lógica con la finalidad perseguida por el legislador al momento de emitir la norma.

En lo sustancial, permite la solución del problema binario interpretación-aplicación.

Dicho problema radica en reconocer la existencia de una norma, la misma que por su excesiva generalidad no se ha detenido a precisar algunos supuestos, hechos, etc. Este desencuentro fáctico con la literalidad de la norma, acarrea serias fricciones con los fines y valores. En ese contexto surge *residualmente* -como sedimento- una laguna legal.

Esta incongruencia lógica surgida del desfase entre la literalidad de la norma aplicable, los fines y valores perseguidos por el legislador, y de la inconexión de ambas mediante la aparición de un caso particular, no previsto a plenitud, es denominada por el tratadista Mario Elffman como una "laguna de justicia".

### **Equidad sustitutiva.**

Se establece como un criterio integrador propiamente dicho (tarea legisferante). Sirve como mecanismo de sustitución ante la incuria, negligencia, ocio, autorización o delegación por parte del legislador. En este caso, la equidad es base exclusiva de una decisión administrativa o judicial.

Esta modalidad se presenta en los tres (3) casos siguientes:

- Cuando el ordenamiento jurídico *expresamente* permite al funcionario público a resolver según su conciencia y legal saber entender.

Se trata de una facultad discrecional.

- Cuando el ordenamiento jurídico expresamente permite al funcionario público, a concretizar o cubrir los denominados conceptos elásticos; buena fe, orden público, interés público, moral y buenas costumbres, etc.

- Cuando el ordenamiento jurídico expresamente permite al funcionario público a tomar en cuenta las circunstancias especiales que rodean el caso particular.

Tal como se ha descrito, dicha modalidad es consecuencia de una permisión legislativa.

Como modo de integración, permite al operador del Derecho la conversión justa de la ley a un caso particular y concreto. Permite enderezar el Derecho vigente, encauzando las estructuras jurídicas conforme a la realidad; es decir, según la naturaleza político-social del entorno.

La naturaleza de la equidad gira en torno a lo *justo natural*. A través de ella se hace apelación a un nivel de justicia que sobrepasa al de la norma. En ese sentido, el operador del Derecho debe presuponer razonablemente que si el legislador hubiera podido prever el caso le habría dado la regulación valorativa adecuada.

El tratadista Elordoy señala que se trata de una figura jurídica de facetas innumerables, con nombres viejos o nuevos -epiqueya-acquitas, equidad, que siempre ha cambiado, cambia y cambiará las leyes y las instituciones contingentes, mal ajustadas, a la realidad histórica.

Las leyes por necesidades lógicas son generales y fijas; por tanto, no pueden prever todas las circunstancias particulares que se dan en cada caso concreto. Es frecuente que una situación particular presente peculiaridades diferentes a las previstas por el legislador o que, además de las previstas, aparezcan otras que no lo fueron.

En esa hipótesis, si el juez aplicara rígidamente la ley tal situación generaría una injusticia; su resultado atentaría contra aquél fin o valor que la norma intenta alcanzar.



Los romanos advertían con razón que la estricta aplicación del derecho trae consecuencias dañosas para la justicia; así, ellos decían que: *"El Derecho riguroso puede ser la máxima injusticia"*.

Es por ello que el Derecho necesita del suplemento de la equidad. En nuestra disciplina tiene que haber un poder de adaptación y flexibilidad al proceso jurídico; dictando a veces decisiones aparentemente contrarias al Derecho Formal; y que, sin embargo, resultan intrínsecamente justas.

La equidad, llamada "la justicia del caso individual", es un estado intermedio entre la ley y el precepto moral. La primera debe contener un mínimo de rigidez; y el segundo, un máximo de elasticidad. La rigidez de la letra de la ley se atempera con su espíritu, que es la equidad.

Hay que integrar equitativamente la ley, porque se supone que el legislador no puede haber querido proponer una solución inequitativa.

En la actualidad, en todos los ordenamientos se percibe un retorno a la equidad. Un siglo de legalismo ha mostrado los serios inconvenientes que les son consustanciales.

En suma; debe ser entendida como aquel modo de dictar sentencias y resoluciones administrativas que toma en cuenta las especiales características del caso particular en aras de aplicar la ley con justicia.

## **FUNCIONES DE LA EQUIDAD**

Entre las principales, cabe mencionar las siguientes:

- Es la forma en que se suple las lagunas de la ley.
- La ayuda que aporta mediante la posibilidad de individualización de la noción justicia, significando esta la adaptación de la ley a las circunstancias particulares.
- La correcta aplicación de la ley; la cual, en caso de ser aplicada *literalmente*, generaría consecuencias jurídicas injustas.
- La utilización de un criterio racional avalado por el valor que sustenta el Derecho.

A este respecto, su aplicación constituye la piedra angular de la grandeza de la labor del juez, ya que este es el encargado de conciliar la vinculación de la ley con la equidad al juzgarse un caso concreto; ergo, promover el equilibrio entre la seguridad jurídica y la justicia. Asegura el respeto al derecho establecido, pero aplicándolo con sentido profundamente humano.

Igualmente, se le utiliza en aquellos casos en que el operador del Derecho queda facultado por la ley a expresar su criterio de justicia en un caso específico.

Aristóteles la comparaba con la *regla lesbica*. Debe recordarse que en las canteras de la isla de Lesbos, los picapedreros utilizaban una regla de plomo flexible, que les permitía medir exactamente el área de las piedras que habían tallado o que estaban labrando.

Entre los ejemplos citables tenemos los siguientes<sup>17</sup>:

Caecina era propietario de un predio agrario cuya vecindad recaía en un hombre llamado Acubeutis. Al momento de producirse el conflicto, existía el "Interdicto de Vi Armata" que tenía por finalidad el restituir la propiedad de todo aquél que la hubiere perdido mediante el uso de la violencia. En suma; protegía el derecho de propiedad.

Pues bien, Caecina se vio obligado, por razones familiares, a abandonar por algunos días su finca, lo que aprovechó su vecino para ocuparla sin uso alguno de violencia, impidiendo a aquel posteriormente, mediante intimidación, su ingreso a la heredad usurpada.

Los argumentos que utilizó Cicerón para solicitar al Pretor la aplicación de la equidad fueron, entre otros, los siguientes:

"Creéis que si alguien me obliga a abandonar una casa por la fuerza de las armas, tengo derecho a una acción, pero que no la tengo si lo que se ha hecho es impedirme entrar en ella?

Creéis que ha de ganar la causa el hombre que se defiende diciendo: Te he impedido el ingreso con ayuda de hombres armados, pero no te he expulsado?"

Igualmente, hacia el año 150 d.C., se planteó en Roma un pleito en donde un tal Valerio Nepote hizo un testamento por el cual instituía como heredero a

17. Paul Vinogradoff H. "Introducción al Derecho". Fondo de Cultura Económica.

una determinada persona; añadiendo una serie de legados a diversos amigos; así como una orden de emancipación en favor de algunos esclavos.

Antes de morir cambió de opinión borrando el nombre del heredero; empero, sin saber que con arreglo a las normas vigentes tal cosa llevaba consigo la invalidación del testamento. A falta de parientes, el fisco reclamó la herencia.

El pleito llegó hasta el conocimiento del Emperador Antonio Pio (86-161 d.C.). A primera vista, no parecía haber razón alguna para oponerse a la pretensión del fisco, pero las diversas partes interesadas representadas por abogados plantearon lo siguiente:

“- Zenón: Te pido, señor Emperador, que me oigas con paciencia: ¿cuál es tu decisión con respecto a los *legados*?

- El Emperador: Crees que si Valerio Nepote borró el nombre del heredero pudo este haber querido que subsistiese el testamento?

- Longino, abogado del fisco: Es evidente que no puede considerarse como válido el testamento, que no hace designación de herederos.

- Prisciano: El testamento emancipó a algunos de sus esclavos e hizo determinados legados.”

Culminados los alegatos, el Emperador mandó a todos a que despejasen la sala para poder considerar la cuestión. Cuando volvieron a entrar dijo: “Parece ser éste un caso para una interpretación humana, en consecuencia decidimos que Nepote sólo quería anular las cláusulas que borró”.

Es evidente que el Emperador se vio impedido de adoptar esta decisión porque creía que la intención del testador fue borrar el nombre del heredero instituido; pero conservando las disposiciones relativas a los legados y las emancipaciones. Señálase, además, que la opinión ilustrada de la época “estaba a favor de la libertad y el Emperador tenía especial interés en no frustrar las esperanzas de los libertos.

En consecuencia, resolvió pasar por alto el defecto de forma del testamento y darle una interpretación dentro de un espíritu de equidad humana.

Como puede advertirse, los ejemplos glosados hacen referencia a la equidad correctora.

Debe advertirse que en el sistema románico-germánico, la equidad es entendida como una forma de interpretación razonable de la ley; en tanto que en el sistema anglo-americano aparece como un correctivo de la ley misma.

Ello conlleva a que la dación de un fallo por equidad deje sin valor el precedente judicial que servía de pauta a los jueces.

## LA EQUIDAD EN LA LEGISLACION PERUANA

Es sumamente valiosa la aplicación del criterio de *equidad sustituyente* para llenar las lagunas generales en normas de una orientación muy genérica.

Tal es el caso, entre otros, del art. 1953 del C.C. que señala: "El juez apreciará las circunstancias que indujeron al gestor a encargarse de la gestión para fijar la amplitud de su responsabilidad, establecer el monto de los gastos que deben reembolsársele y fijar la indemnización por los daños y perjuicios que hubiera sufrido en el desempeño de la función".

Caso similar se presenta en el C.P.C. de 1912 que expresaba: "El representante del ausente no podrá entablar demandas nuevas sin autorización del juez, salvo las de tercerías, cobranzas de arrendamientos, desahucio y demás relativas a actos y contratos de mera administración".

En ese sentido, acudiendo a su poder discrecional, el juez podrá *ajustar* los cánones de una norma a efectos de que la justicia calce plenamente en los marcos de la ley.

El art. 1332 del C.C., en lo referente a la determinación de los daños y perjuicios derivados de la inexecución de una obligación, permite que: "Si el resarcimiento del daño no pudiese ser probado en su momento preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa".

El art. 1346 del mismo texto, vinculado con las obligaciones con cláusula penal y referido específicamente a la reducción equitativa de la pena, establece que: "El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida".

Un interesante ejercicio de equidad es el que plantea el tratadista Gustavo Bacacorzo<sup>18</sup> en relación a los alcances del art. 40 de la Ley Universitaria (Ley N° 13417).

18. Gustavo Bacacorzo. "La Dedicación Exclusiva en el Derecho Peruano, la Equidad y el Principio de Libertad". Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la U.N.M.S.M. Vol. 48 (1990-1991).

