

# *Unas notas sobre la equidad en el ius commune: el jurista Albertus Bolognetus*

MANUEL J. RODRÍGUEZ PUERTO<sup>1</sup>

---

SUMARIO: I. Introducción. II. Una mentalidad milenaria. III. Las explicaciones de Bolognetus. IV. Una breve conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

---

Una de las diferencias básicas entre la filosofía práctica contemporánea y la que sustentaba al *ius commune* es la distinta actitud ante el papel de los hechos en la conformación del derecho. La mentalidad jurídica dominante en los últimos siglos entiende que es imposible derivar criterios de valoración —*deber ser*— a partir de los simples hechos; el mundo normativo posee su propia lógica y no es posible salvar alegremente el hiato que separa las normas de la realidad fáctica. El *ius commune* bajomedieval planteó las cosas de otro modo, porque consideró que las situaciones que constituyen la cotidianidad social sí tienen importancia en la determinación de la decisión justa. Frecuentemente este problema aparecía bajo la denominación de *aequitas*. Sin embargo, los juristas medievales estuvieron poco interesados en la teorización y explicitaron en pocas ocasiones sus concepciones acerca de las cuestiones jurídicas más fundamentales. Hasta el siglo XVI no encontramos una actividad teorizadora consolidada en el seno de esta *iurisprudencia* y, precisamente a fines de esa centuria, encontramos una de las mejores reflexiones sobre la equidad en la obra de Alberto Bolognetti, o Bolognetus en la forma latinizada típica de aquellos años. Este autor publicó entonces sus *De lege iure et aequitate disputationes*, que, a pesar de su fecha de aparición, están muy cerca del mundo de ideas propio de la Baja Edad Media.<sup>2</sup> Es difícil encuadrar su figura en alguna de las corrientes jurídicas de la época. El

<sup>1</sup> Universidad de Cádiz.

<sup>2</sup> Sobre esta obra, Piano Mortari ha escrito que “può considerarsi una sintesi felice degli elementi più vitali del pensiero giuridico dell'età medievale”. *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI. I. Le premesse* (Milano Giuffrè 1956) 20. De todas formas, será preciso hacer algunas matizaciones sobre la continuidad de las ideas del medievo en la obra de Bolognetus.

*ius commune* vive por aquellos años una situación de crisis causada por las críticas que contra él lanza el humanismo. Se le ha incluido entre los defensores del *mos italicus* tradicional,<sup>3</sup> pero su obra presenta características que hacen discutible esa catalogación. Su afición teórica, la adopción de doctrinas filosóficas para explicar la jurisprudencia, el empleo de citas extraídas de poetas y pensadores de la Antigüedad y el conocimiento que muestra de la jurisprudencia de corte humanista son señas que relacionan su obra con el humanismo jurídico, concretamente con el movimiento que Carpintero ha denominado “humanismo racionalista”.<sup>4</sup> La pertenencia a esa tradición es perceptible en el estudio de la equidad.<sup>5</sup> Bolognetus pertenece a la vertiente teorizadora del humanismo jurídico. Tengamos presente que la jurisprudencia nacida al amparo de las humanidades presentó alternativas diversas y algunas de ellas se dedicaron a exponer los conceptos básicos de su saber jurídico, tal vez porque la irrupción del humanismo supuso la destrucción de los fundamentos seculares del saber jurídico romanista; no estaba muy claro en el XVI cuál era el estatuto epistemológico del trabajo del jurista y muchos *jurisprudentes* se sintieron obligados a aclararlo. Sin embargo, a pesar de la dureza con la que algunos humanistas atacaron al derecho común, muchos juristas que habían participado de los *studia humanitatis* explicitaron los presupuestos básicos de la ciencia jurídica romanista y Bolognetus puede ser adscrito a ese grupo. No deja de ser irónico que algunos de los representantes del humanismo jurídico, una tendencia nacida como una crítica a la jurisprudencia bajomedieval, sean los expositores de la filosofía jurídica que cimentaba el *ius commune*, incluido al bajomedieval.

## II. UNA MENTALIDAD MILENARIA

Son varias las corrientes intelectuales que se entrecruzan en la figura de Alberto Bolognetti. Las más importantes son dos: el derecho común, tanto su vertiente bajomedieval como la remozada por la cultura renacentista, y la Filosofía aristotélico-tomista. Bolognetus declara expresamente su adhesión a Aristóteles en el subtítulo de la obra.<sup>6</sup>

El aristotelismo resulta especialmente claro en su doctrina sobre la equidad. La *Ética a Nicómaco* era un punto de partida inexcusable para toda explicación acerca de la *aequitas*. Aristóteles se preocupó por la diferencia entre la justicia y lo que él denominó epiqueya; no quería afirmar que lo justo y lo equitativo —*επικεεσ*— fueran algo diferente, porque eso supondría decir que lo equitativo no es justo, respuesta que no le parece razonable. Tampoco podía admitir que fueran exactamente lo mismo, por lo que la solución está en admitir que son distintas manifestaciones del género de “lo justo”. Como escribe el mismo Aristó-

<sup>3</sup> Cfr. MAFFEI, D. *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico* (Milano Giuffrè 1972) 56.

<sup>4</sup> Sobre sus características y desarrollo, *vid.* CARPINTERO, F. “*Mos italicus*”, “*Mos gallicus*” y “Humanismo racionalista”, en *Ius Commune* VI (1977), pp. 135-171.

<sup>5</sup> Cfr. GIANNINI, A. “L'equità”, en *Archivio Giuridico* 21 (1931), p. 53.

<sup>6</sup> *De lege iure et aequitate disputationes tam jurisprudentiae quam philosophiae Aristotelicae studiosis cognitu utiles et necessariae*. He manejado la edición de Wittenberg, 1594.

teles, “lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal. [...] Por tanto, cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido”.<sup>7</sup> Transcribo esta cita aristotélica porque aquí está una de las claves del pensamiento jurídico que podemos llamar bajomedieval: la ley es a menudo insuficiente y la solución justa al caso concreto debe tener en cuenta las circunstancias particulares, amoldando la respuesta legal a ellas. Aristóteles insistió en esa idea en su *Retórica*, aunque la completó aduciendo algunas reglas concretas de equidad, tales como ser indulgente, o atender más a la inteligencia del legislador que a la literalidad de la ley.<sup>8</sup> Varios siglos después los concisos planteamientos aristotélicos fueron adoptados y explicados por Tomás de Aquino. Este teólogo, comentando la *Ética a Nicómaco*, mantenía que nuestro intelecto puede elaborar nociones generales en aquellas materias en las que los sucesos poseen necesidad y no puede haber excepciones. En cambio, en aquella faceta de la realidad que es contingente no es posible afirmar algo con pretensiones de veracidad universal; en estos casos puede decirse que algo es cierto en general, pero puede fallar en algunos supuestos particulares, “y tales son los asuntos humanos, de los cuales se dan las leyes”.<sup>9</sup> Consecuentemente, las leyes resultan casi siempre incompletas, no por incompetencia del legislador o defectos de la norma, sino a causa de la variedad con la que se presentan los asuntos humanos. La cuestión, sin embargo, era más de fondo. Tomás distinguió entre *lex* e *ius* y esa distinción tenía un paralelo en la establecida entre los universales y la cosa particular. Efectivamente, la ley expresa una regla general, mientras que el *ius* está referido siempre a una situación concreta, por lo que podríamos decir que se mueven en planos ontológicos diferentes. M. Bastit ha puesto de relieve esta característica del pensamiento tomista y ha señalado que la ley contiene un conocimiento auténtico de lo que es justo, pero ese conocimiento no es completamente adecuado porque no consigue abarcar a la totalidad de la cosa.<sup>10</sup> Recordemos que para Tomás lo verdaderamente real era lo concreto, en este caso, el derecho.

<sup>7</sup> *Ética a Nicómaco* (Madrid Gredos 1993) lib. V, 1137a y b, 5-25, pp. 262-263.

<sup>8</sup> *Retórica* (Madrid Gredos 1990) lib. I, 13, 3, 1374 a-25, 30 y 1374b 10-20, pp. 285-287.

<sup>9</sup> “*Manifestum est autem quod de quibusdam intellectus noster potest aliquid verum dicere in universali, sicut in necessariis in quibus non potest defectus accidere. Sed de quibusdam non est possibile quod dicatur aliquid verum in universali, sicut de contingentibus: de quibus etsi aliquid sit verum ut in pluribus, ut in paucioribus tamen deficit. Et talia sunt facta humana: de quibus dantur leges*”. In *decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nichomacum expositio* (Yorino Marietti 1964) lib. V, lectio XVI, 1084.

<sup>10</sup> “Ce n’est pas à dire que la loi n’a pas de pertinence pour les situations concrètes qui tomberont dans son domaine d’application: elle contient, comme l’universel dans la conception thomiste, une connaissance véridique de ce qui est juste, sance n’est pas adéquate à la totalité de ce qu’est la chose. [...] C’est pourquoi la loi ne peut jamais descendre au niveau des ultimes déterminations qui ne sont pas comprises en tant que telles dans les formes saisies par la raison”. Bastit, M. *Naissance de la loi moderne* (Paris Presses Universitaires de France 1990). Sobre la relevancia de la relación

La equidad puede desempeñar una función destacada en la solución de ese hiato ontológico. En ese sentido, lo equitativo —Tomás escribe *epiiches*, pues aquí se refiere a la epiqueya aristotélica y no a la *aequitas* latina, de significado más difuso— consiste en la adecuación de la ley al caso particular en el que ésta falla.<sup>11</sup> Según Tomás, cabe decir que lo equitativo es una forma de justicia, aunque distinta al justo legal. En este punto el Aquinate hizo una apreciación especialmente destacable; sostuvo que lo *epiiches* difiere del justo legal, pero “está contenido” en lo justo natural.<sup>12</sup> No es posible entrar ahora en asunto tan complejo como el iusnaturalismo del Aquinate, pero sí quiero destacar que en este fragmento parece inclinarse por entender al *ius naturale* como el conjunto de circunstancias concretas de un caso que deben ser tenidas en cuenta para hallar la solución justa. Algo muy alejado, como podemos observar de un ordenamiento eterno e inmutable, que sirva de baremo ideal a la cotidianidad.

Las reflexiones sobre la epiqueya transmitidas por Tomás en la *Summa Theologica* siguen la misma línea. En ella escribió que en ciertos casos es perjudicial seguir la ley escrita y se debe atender a “la razón de justicia y a la utilidad común”. “Y a esto se ordena la epiqueya que entre nosotros se denomina *aequitas*”.<sup>13</sup> Cabe preguntarse si las llamadas a la equidad sólo pueden hacerse, desde el punto de vista aristotélico-tomista, en los casos de lagunas en la legislación. Parece que no. En primer lugar, porque la noción actual de lagunas legales, tal y como hoy la entendemos, procede de la existencia de una legislación pública con pretensiones de regular toda la realidad jurídica y tal cosa resulta ajena no sólo a la mentalidad de este dominico, sino a la práctica política y, por tanto, jurídica de su tiempo. Y en segundo lugar, porque los testimonios de Tomás indican que la equidad-epiqueya era más bien una forma de *interpretar* las normas existentes. En ese sentido escribió que la epiqueya corresponde propiamente a la justicia legal y desde un punto de vista está contenida en ella y desde otro la sobrepasa. Si denominamos justicia legal a la que obedece a la ley en lo que se refiere a sus palabras o a la intención del legislador, que es la parte mejor, entonces, la epiqueya es justamente esa parte mejor de la justicia legal. En cambio, si consideramos justicia legal tan sólo a la que obedece las palabras de

entre lo universal y lo particular para comprender las diferencias entre ley y derecho, *cf.* también la página 157 de la obra citada. Un estudio interesante sobre estas cuestiones es el de FOREST, A.: *Structure Métaphysique du concret selon Saint Thomas d'Aquin* (Paris Librairie Philosophique J. Vrin 1931), *per totum*.

<sup>11</sup> “Unde haec est natura eius quod est *epiiches*, ut sit directivum legis ubi lex deficit propter aliquem particularem casum”. *Loc. cit.*, 1087.

<sup>12</sup> “Verum est enim quod est *epiiches* est quoddam iustum et est melius quodam alio iusto: quia, ut supra dictum est, iustum quo cives utuntur dividitur in naturale et legale: est autem id quod est *epiiches* melius iusto legali, sed continetur sub iusto naturali. Et sic non dicitur melius quam iustum, quasi sit quoddam aliud genus separatum a genere iusti. Et cum ambo sint bona, scilicet iustum legale et *epiiches*, melius est illud quod est *epiiches*”. *In decem libros Ethicorum...*, *cit.*, lib. V, *lect.* XVI, 1081, pág. 297.

<sup>13</sup> “In his ergo et similibus casibus malum esset sequi legem positam: bonum autem est, praetermissis verbis legis, sequi id quod poscit iustitiae ratio et communis utilitas. Et ad hoc ordinatur *epiikeia*, quae apud nos dicitur *aequitas*”. *Summa Theologica* (Madrid BAC 1963-1985) 2-2, q. 120, a.2, resp.

la ley, la epiqueya no forma parte de ella, sino que la supera.<sup>14</sup> Esa intención pudieron tener sus palabras cuando en los *Comentarios* a la *Ética* mantuvo que después de elaborada la ley es necesaria la sentencia del juez, por la cual el *dictum* universal de la ley es aplicado al negocio particular, mediante el empleo de la epiqueya.<sup>15</sup>

## A. Las opiniones de los romanistas

Es difícil saber hasta qué punto estas doctrinas influyeron en la jurisprudencia del *ius commune*. G. Kisch ha señalado que los juristas medievales desconocieron la doctrina de la epiqueya aristotélica y sólo expusieron la noción romana de *aequitas*, que venía a ser lo mismo que la justicia y no significaba la corrección del justo legal.<sup>16</sup> Es todo un problema determinar la relevancia exacta que Aristóteles pudo haber ejercido en el derecho romano. Es probable que durante los siglos previos a la compilación justiniana existiera cierta influencia,<sup>17</sup> pero las primeras generaciones del derecho común no parecen haber experimentado el influjo del filósofo de Estagira.<sup>18</sup> Aunque comentaristas como Bartolo y Baldo muestran conocer ya la doctrina práctica de Aristóteles, es en el siglo XVI cuando se asume de forma más completa por algunos juristas, al hilo del interés por las cuestiones más abstractas. Bolognetus es un buen ejemplo de esta nueva actitud; su obra reconoce en el título su relación con el pensamiento aristotélico, y Aristóteles y Tomás son citados en ocasiones numerosas a lo largo de sus páginas.

<sup>14</sup> "Ad primum ergo dicendum quod epieikeia correspondet proprie iustitiae legali: et quodammodo continetur sub ea, et quodammodo excedit eam. Si enim iustitia legalis dicitur quae obtemperat legi sive quantum ad verba legis sive quantum ad intentionem legislatoris, quae potior est, sic epieikeia est pars potior legalis iustitiae. Si vero iustitia legalis dicitur solum quae obtemperat legi secundum verba legis, sic epieikeia non est pars iustitiae communiter dictae contra iustitiam legalem divisa sicut excedens ipsam". *Summa, cit.*, 2-2, q. 120, a 1.

<sup>15</sup> "Et propter hoc necessaria est post legem latam sententia iudicum per quam universale dictum legis applicatur ad particulare negotium". *In decem libros ethicorum...*, *cit.*, lib. V, lect. XVI, 1087, p. 298. Sobre la epiqueya como la justicia del caso concreto en San Alberto Magno y en Santo Tomás, *vid.* D'AGOSTINO, F. *La tradizione dell'Epieikeia nel Medioevo Latino* (Milano Giuffrè 1976) 57 y ss., y 78 y ss.

<sup>16</sup> *Cfr.* Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit. *Studien zum humanistischen Rechtsdenken* (Basel Helbing & Lichtenhahn 1960) 18, 31 y ss., y 173. Sobre la diferencia entre epiqueya y *aequitas*, *vid.* también D'AGOSTINO, F. *La tradizione dell'Epieikeia nel Medioevo Latino*, *cit.*, p. 27.

<sup>17</sup> Esta es la opinión de H. Coing. Señala que Aristóteles ha influido en los puntos de vista ético-jurídicos del derecho romano, entre otros en lo referente a la equidad que "die nachklassische Zeit zum bleibenden Bestandteil der römischen Rechtstradition gemacht hat". *Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, en "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Röm.-Abt.)" LXIX (1952) 58. De todas formas, la teoría de la equidad estaba muy relacionada con la tradición retórica romana y no está muy claro hasta dónde pudo llegar la influencia aristotélica.

<sup>18</sup> *Ibid.* OTTE, G. "Die Aristoteleszitate in der Glosse. Beobachtungen zur philosophischen Vorbildung der Glossatoren", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Röm. Abt.)* 85 (1968), *per totum*.

A pesar de este hecho, no podemos olvidar que la otra gran fuente de las doctrinas de Bolognetus es el *ius commune*. Es interesante observar que en esta materia no hay diferencias radicales —aunque sí de matiz— entre los juristas bajomedievales y los que participan del espíritu renacentista.

No resulta fácil conocer el sentido exacto de la *aequitas* en los civilistas del derecho común medieval porque no ofrecieron un concepto acabado de esta figura. Más bien, hallamos diversas acepciones dispersas que, no obstante, permiten dibujar las líneas generales que conforman la imagen medieval de este problema.<sup>19</sup> Un punto de partida inexcusable es la definición de derecho que aparece en el principio del *Digesto*: “ars boni et aequi”. Por tal motivo, todos los juristas romanistas, desde los glosadores a los humanistas, consideran que su tarea básica es establecer la solución equitativa a los problemas que lleguen a sus manos. Lo que interesa destacar es que ellos estiman que ese *bonum et aequum* tiene en numerosas ocasiones una naturaleza circunstancial y contingente ya que brota de las necesidades típicas de cada comunidad política. En consecuencia, la equidad se identificará con la justicia del caso concreto, pues el derecho es un arte que debe determinar la equidad que esté presente en un problema particular. Claro que esto no implicó que tuvieran una concepción clara y unitaria de la equidad.

Una de las inteligencias de la equidad más frecuente entre los romanistas medievales fue la distinción entre *aequitas rudis* y *aequitas scripta*. La primera es una exigencia de justicia que brota de una situación de hecho y que reclama asistencia por parte del legislador; la segunda es la asunción de esas demandas en una norma jurídica.<sup>20</sup> Esta idea estuvo presente en el *ius commune* desde sus comienzos<sup>21</sup> y fue repetida por sus integrantes a lo largo de los siglos bajomedievales. Así, Petrus de Bellapertica (m. 1308), escribió —siguiendo a Azo— que la materia común de la jurisprudencia era la “*rudis aequitas*, el *ius approbatum* y aquello que como ley y derecho es obedecido”. Hay que tener en cuenta, aclaró Bellapertica, que la “equidad ruda” es “materia común” porque el derecho trata de la equidad, sacándola a la luz y liberándola de “impurezas”. Así mismo, es materia de la jurisprudencia el “derecho aprobado”, pues “los derechos tratan de él mediante la interpretación de la ley”.<sup>22</sup> Aparecen aquí dos planos entre los que se mueve la realidad jurídica. En primer lugar, el derecho apa-

<sup>19</sup> Sobre los diversos empleos de la *aequitas*, vid., HORN, N. *Aequitas in den Lehren des Baldus* (Böhlau Köln-Graz 1968) pp. 30 y ss. CARPINTERO, F. “En torno al método de los juristas medievales”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* LII (1982), pp. 636 y ss.

<sup>20</sup> Sobre esta división vid. MEYERS, E. M. “Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs”, en *Revue d'histoire du Droit* XVII (1941), pp. 118-119. CALASSO, F. *Il negozio giuridico* (Milano Giuffrè 1967) 258. HORN, N. *Aequitas in den Lehren des Baldus*, cit., pp. 16-17. GROSSI, P. *L'Ordine Giuridico Medievale* (Laterza Roma-Bari 1996) 180.

<sup>21</sup> Vid. las expresiones de Imerio (§ 3), Bulgaro (§ 3) y de la *Summa Trecentensis* (§ 3). *Exordia variorum auctororum*, en *Studies in the Glossators of Roman Law*. Ed. por KANTOROWICZ, H. (Cambridge 1938). Corregida por WEIMAR, P. (Aalen Reprint de Scientia 1969).

<sup>22</sup> “*Est materia communis et de materia communis est rudis aequitas et ius approbatum et illud quod pro lege et iure servatur. Unde dico de materia communi est rudis equitas [sic], nam circa aequitatem tractant iura eam eliminando et eruendo a sua rubigine ut C. de legi. l. j. et caet. de vete. iur. enucle. per totum. Item de materia communi est ius approbatum, nam de iure approbato tractant iura interpretando legem*”. *Lectura Institutionum*, rubrica, § 24, página 21 de la edición de Lyon, 1536 (Bologna Reprint de Forni 1972).

rece con un carácter previo a la elaboración legal y científica; aunque Bellapertica no lo indique expresamente, mediante una situación de hecho en la que están presentes bienes, o fines por utilizar una terminología más medieval, que afectan al discurrir de la comunidad. A partir de esas circunstancias legisladores y juristas intervienen para establecer con claridad cuál es el interés jurídico presente en ese caso. Es importante destacar que para esta mentalidad el derecho nace directamente de la misma realidad social, pues la “ruda equidad” ya es derecho, aunque necesite algún tipo de elaboración dogmática. Esta idea recorre toda la jurisprudencia humanista.

En el mismo sentido, un jurista dedicado a las labores del foro como Alberico de Rosate sostenía que el derecho y la justicia diferían en cuanto a la *substantia*, pues la justicia es una equidad que no está redactada en preceptos concretos y puede denominarse *aequitas rudis*, mientras que el derecho es la equidad recogida ya en una regulación acotada.<sup>23</sup> Bartolo de Saxoferrato ofreció unas explicaciones particularmente detalladas sobre esta cuestión. Expuso la explicación tradicional de Azo, según la cual, la “causa material” de la “ciencia legal” puede ser “general” o “común”. La primera comprende al *ius*, a la justicia, los “negocios” y a dos vicios: el error y la contumacia. La “materia común” incluye la “equidad ruda” o equidad a secas, el *ius approbatum* y “aquello que es obedecido como ley”.<sup>24</sup> No obstante, a Bartolo le parecía que Azo había hablado *rudissime*, y quiso matizar esa diferenciación. Bartolo se preguntó si la justicia y la equidad no son lo mismo, y concluyó que sí había alguna diferencia, pues la *aequitas* se refiere a las “cosas mismas” y la justicia es más bien un “hábito o disposición”. De esa forma, “si hablamos con propiedad, diremos que el juez justo tiene un juicio equitativo. Pues si una cosa mía va al poder del otro sin causa, es bueno y equitativo que se me devuelva o restituya”.<sup>25</sup> Claramente, Bartolo identificó la equidad con lo que podemos llamar “justicia del caso concreto” e indicó que en los casos dudosos la equidad late “casi como si fuera una masa en bruto”. Poco a poco esa rudeza es limada y depurada, mediante la contraposición del contenido de lo equitativo en ese problema. Cuando la discusión termina y hay un acuerdo sobre la auténtica conformación del *aequum* en tales circunstancias, esa equidad purificada y aclarada es recogida en el *ius scriptum*.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> “*Quia iustitia est et non formate iure, sed ius est aequitas praeceptis reddita subiecta iustitiae comprehensione: qua subiacet iustitiae sed non iuri: qua adhuc illa aequitas non est reducta in praeceptis, et dicitur aequitas rudis*”. In *Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*. Venetiis, 1585, com. a I, l.

<sup>24</sup> SAXOFERRATO, Bartolo de *Super Institutionibus Iuris Civilis Commentaria*. Lugduni, 1559, com. a I, l, p. 4.

<sup>25</sup> “*Enim ius et iustitia, ponuntur de materia generali, rudis aequitas sive aequitas, ponuntur de materia communi: sed nonne idem sunt iustitia et aequitas? Dicendum quod aequitas magis respicit res ipsas; iustitia magis respicit dispositionem seu habitum; unde si proprie loquamur dicemus iustus iudex habet iudicium aequum; unde si res mea ad alium perveniat, sine causa, bonum et aequum est, ut eam mihi reddat seu restituat*”. *Loc. cit.*, p. 5.

<sup>26</sup> “*Item quia rudis aequitas dicitur materia communis, quare dicitur rudis, dicendum cum aliquis casus dubius emergit: aequitas in illo casu latet in suis finibus quasi in sua massa. Sed postea eliminatur et depuratur, scilicet per disputationem, unde quando est quod desit in illo casu, unus dicit aequum esset istud, alius dicit, uno hoc esset aequum et infra discurritur et eliminatur, donec*

Estas palabras de Bartolo ejemplifican uno de los pensamientos más extendidos entre la jurisprudencia medieval: la equidad es una “cualidad de las cosas” frente a la justicia que es una “cualidad del querer” humano.<sup>27</sup> Estos juristas pensaban que uno de los elementos básicos para la configuración del derecho era la existencia de unas situaciones en las que estuviesen en juego bienes relevantes para el adecuado desarrollo de la convivencia social. Entendían que esas exigencias no venían planteadas por sentimientos o inclinaciones personales, sino que brotaban de la propia realidad fáctica de la sociedad, tales como la necesidad de intercambios comerciales, deslindes de fincas o servidumbres. Por eso escribían que la equidad brotaba *ex rebus ipsis* y la distinguían de la justicia, en la que observaban la presencia de la voluntad y, por tanto, una mayor relevancia de la personalidad.<sup>28</sup> Aunque buena parte de la Filosofía contemporánea no admite ese paso directo del hecho al precepto jurídico, los autores medievales lo consideraron una forma de razonar tan evidente que no se preocuparon por explicitar los fundamentos epistemológicos y antropológicos en los que se sustentaba. Este trasfondo sí puede ser comprendido desde la mentalidad aristotélicotomista, que concibe al hombre como un ser que se perfecciona en la interacción social, y legitima moralmente las relaciones institucionalizadas que a su juicio favorecen ese perfeccionamiento.<sup>29</sup> Los juristas medievales aceptaron implícitamente esta filosofía práctica.

Si la equidad se extraía de las situaciones vitales, suponía la adecuación a unas circunstancias concretas de tiempo, lugar, etcétera, y podía ser identificada con la utilidad común.<sup>30</sup> Claro que, en ocasiones, los doctores del derecho común no interpretaron lo “equitativo” en ese sentido. Recordemos que la compilación justiniana definía el derecho como el *ars boni et aequi*, y ésa era una de las causas que motivaban el interés de los juristas por la equidad. Glosando esas palabras, Acursio escribió que el *bonum* y el *aequum* eran realidades diferentes y, consecuentemente, era perfectamente razonable afirmar que ciertas instituciones jurídicas son buenas pero no equitativas; es el caso de la *usucapio*, que responde a criterios de utilidad —es necesario saber a quien pertenecen las cosas—, pero se opone a los preceptos de lo equitativo según los cuales el propietario de-

*omnes consentiant in unum, et dicant hoc aequum erit [...] ista aequitate in elimatam, in scriptis reddebant, et fiebat inde scriptum secundum formam illius*. *Super Institutionibus...*, I, III, p. 7.

<sup>27</sup> Cfr. CAPRIOLI, S. “Tre capitoli intorno alla nozione di ‘regula iuris’ nel pensiero dei Glossatori”, en *Annali di Storia del Diritto* V-VI (1961-1962) 248-249.

<sup>28</sup> Cfr. CORTESE, E. *La norma giuridica. Spunti teorici nel Diritto Comune classico*. I. Giuffrè, Milano, 1962, pág. 47. S. Caprioli, *op. cit.*, pp. 248-249 y 254. En ese sentido, P. GROSSI ha escrito recientemente que la equidad es “*cio che sta di sotto delle forme giuridiche e le sorregge e conferisce loro forza indiscussa, un mondo di fatti e cose che non oseremo chiamare metagiuridico ma che è soltanto metaformale*”. *L’Ordine Giuridico Medievale*, *cit.*, p. 169; *cf.* también pp. 71-72.

<sup>29</sup> Un resumen de este tipo de planteamientos sobre el “ser” y el “deber ser”, podemos encontrarlo en HERVADA, J. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho* (Pamplona EUNSA 1992) 457 y ss.

<sup>30</sup> PIANO Mortari ha destacado la relevancia de la *utilitas* comunitaria en la conformación de las normas y su relación con la *aequitas*. Cfr. por ejemplo, “*ius singulare e privilegium nel pensiero dei Glossatori*”, en *Dogmatica e Interpretazione. I giuristi medievali* (Napoli Jovene 1976) 348.

be conservar su derecho.<sup>11</sup> Sin embargo, no todos estuvieron de acuerdo. Al hilo de una discusión sobre la materia del *ars iuris*, Petrus de Bellapertica decidió intervenir en la cuestión. Escribió que los “doctores antiguos” habían afirmado que esa materia era el *ius*, pero tal sentencia fue rechazada por los *moderni*, que identificaron ese concepto con el *ars iuris*; en consecuencia, el *ius* no podía desempeñar esa función pues eso supondría decir que el objeto de un “arte” es ese mismo “arte”. Por eso, los “modernos” sostenían que la auténtica materia del saber jurídico venía constituida por el *bonum* y el *aequum*. Esta interpretación implicaba otro problema: una ciencia sólo puede tener un solo objeto; si entendemos que el *bonum* y el *aequum* son conceptos distintos, necesitaremos dos ciencias. Bellapertica soluciona esta controversia con la aceptación de las tesis de los *moderni* parisiños, que entendían lo “bueno y equitativo” como una sola noción, idéntica además al objeto propio de la ética. Bellapertica aclaró que ese contenido era el “hombre”, aunque sólo en la medida en que es parte de la comunidad política y participa en ella mediante negocios jurídicos.<sup>12</sup>

A pesar de su concisión —típica de los juristas de la época— Bellapertica mostró aquí una especial precisión teórica. Mantuvo que el objeto del arte jurídico estaba formado por lo bueno y lo equitativo, que son una sola cosa equiparable con la equidad, y a los que pareció identificar con los asuntos jurídicos propios de toda vida social. Desde este punto, la *aequitas* no resulta ser algo distinto del derecho propiamente dicho.

Esta idea estaba presente en otros ámbitos de la *iurisprudencia* medieval. Acursio escribió que la ley es una *regula*, porque se refiere a una pluralidad de casos en los cuales rige una misma equidad.<sup>13</sup> Lo que me interesa destacar aquí no es la relación entre las nociones de ley y *regula iuris*, asunto bastante discutido a lo largo del *ius commune*,<sup>14</sup> sino la presencia de la equidad como causa del derecho y elemento configurador de las reglas y principios generales. Como han señalado Caprioli, Cortese o Piano Mortari, en la filosofía jurídica que sus-

<sup>11</sup> Cfr. ACURSIO, gl. “i” a Digesto I, I, I, en *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum Commentariis Acursii. Scholiis Contis, et D. Gothofredi Lucubrationibus ad Acursium*. Lugduni, 1628. Reprint de Otto Zeller, Osnabrück, 1965. Cortese nos informa sobre esta diferenciación, presente en los glosadores, en su estudio *La norma giuridica. Spunti teorici nel Diritto Comune II* (Milano Giuffrè 1964) 248.

<sup>12</sup> Sobre la materia del saber jurídico escribió Bellapertica lo siguiente: “*Dicunt tunc antiqui doctores quod primum verbum in ff. veteri subiectum est, et hic est ius, ut ff. de iu. et iur. l. I et ista sententia reprobatur a modernis et bene ius est ars, sed ars non est subiectum artis, sed illud est subiectum de quo possessiones et proprietates quaeruntur, ut ff. de ius. et iur. l. I, § I. Quare dicunt moderni quod bonum et aequum sunt subiectum. [...] Opponitur: ergo bonum et aequum sunt duo subiecta quod est impossibile. Nam unius scientiae homo non debet esse nisi unum subiectum; dicunt ipsi, nos dememus vel removebimus dictionem et tunc dicimus bonum et aequum est subiectum. Ista sententia Parisius non reprobatur: dicunt quod idem est in scientia nostra subiectum et in ethica. Nam subiectum est de quo possessiones et proprietates quaeruntur de bono et aequo, nec de alio. [...] Quare dicunt quod in ethica et in ista scientia homo non debet esse nisi unum subiectum. sed quod homo est pars civitatis secundum quod contrahit et delinquit”. *Lectura Institutionum*, cit., rubrica, 27-28, pp. 22-23. Observemos que Bellapertica emplea indistintamente los vocablos *ars* y *scientia* para referirse a lo que hoy llamamos ciencia jurídica.*

<sup>13</sup> “*Sed secundum hoc omnis lex est regula: quia loquitur in pluribus casibus in quibus est eadem aequitas*”. Gl. “a”, a Digesto, I, III, VIII, col. 35, de la edición citada.

<sup>14</sup> *Vid.* la obra de STEIN, P. *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims* (Edinburgh University Press Edinburgh) 1966.

tentó al *ius commune* hubo una relación muy estrecha entre los conceptos de *regula iuris*, equidad y causa jurídica.<sup>35</sup> La “causa” era vista por estos juristas como una demanda de justicia presente en las diferentes realidades cotidianas con relevancia para el derecho y, como vemos, era identificada con la equidad. Esta noción era especialmente importante para el desarrollo del ordenamiento, pues, mediante la comparación entre supuestos de hecho en los que residiese la misma causa o equidad y haciendo uso de la analogía, era posible elaborar principios de carácter general.<sup>36</sup>

Es preciso recordar que esta idea acerca de la creación de derecho no es un invento del medievo, pues la encontramos ya expuesta en la *Topica* de Cicerón. Al estudiar los *loci* intrínsecos y, dentro de ellos, el *locus ex comparatione* indica que lo válido para una cosa, vale también para la que es semejante a ella, y en el derecho esto se traduce en la función de la equidad, que en los asuntos semejantes determina un derecho igualmente semejante.<sup>37</sup> Reparemos en que, para el pensamiento *tópico* de Cicerón, la similitud entre supuestos concretos poseía una considerable importancia a la hora de determinar el derecho aplicable a un problema dado.<sup>38</sup>

La relación entre *aequitas* y derecho fue aún más acusada en la noción de *aequitas in specie* propuesta por Baldo degli Ubaldi. Según N. Horn consistía en la justicia del caso concreto que no encuentra total acomodo en una norma legal, que, por eso, requiere ser interpretada.<sup>39</sup> Estamos ante una concepción muy parecida a la epiqueya aristotélica, aunque Baldo no emplease ese término. Indica Horn que este jurista no citó la obra del Estagirita, pero pudo conocerla gracias a

<sup>35</sup> Cfr. CAPRIOLI, *Tre capitoli...*, cit., pp. 228-231; CORTESE, *La norma giuridica...*, vol. II, cit., p. 275. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium nei Glossarori*, cit., p. 349.

<sup>36</sup> Cfr. CAPRIOLI, *Tre capitoli...*, cit., pp. 228-231; CORTESE, *La norma giuridica...*, vol. II, cit., p. 275. Piano Mortari ha descrito la relación estrecha existente entre la equidad, la *extensio analogica* y la interpretación extensiva a lo largo del pensamiento romanista, lo que permitía establecer un entramado de reglas jurídicas de carácter general. Cfr. *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, cit., pp. 31 y 127, entre otras. Horn, en las páginas 30-32 de su *Aequitas in der Lehre...*, señala la interrelación entre equidad y analogía. La razón última de esta *analogia iuris* está en el concepto de *analogia entis*, que comprende al mundo como un cosmos al que da sentido la creación divina. Las diferentes realidades forman diversos grados de “ser” que, a pesar de sus diferencias, poseen similitudes; esto es aplicable al hombre y así es posible establecer esas cadenas de parecidos que permiten formar un orden jurídico moral. Sobre la relevancia de este pensamiento, vid. HASSEMER, W. “Der Gedanke der ‘Natur der Sache’ bei Thomas von Aquin”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* XLIX (1963), pp. 33 y ss.

<sup>37</sup> “Item quod in re pari valet, valet in hae quae par est. [...] Valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat”. *Topica* IV-23 (Paris Les Belles-Lettres 1960) 73.

<sup>38</sup> “Quae ex pluribus colationibus perveniunt quo volunt, hoc modo (...) si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator. Haec ex pluribus perveniens quo vult appellatur inductio”. *Topica*, cit., X-41, p. 80.

<sup>39</sup> Cfr. *Aequitas in der Lehre...*, pág. 33. Horn escribe que se trata del “Eigenbedeutung des Falles” (p. 40), un significado que Baldo relacionó estrechamente con el concepto de utilidad pública (p. 109). P. Grossi ha puesto de manifiesto que, en última instancia, toda la *iurisprudencia* medieval se basó en la *aequitas* y ésta acabó identificándose con el derecho del caso concreto. Baldo había escrito que se trata de una “applicatio animi seu iudicium quo circumscripita iuris regula, aliquid de mente singulari ex propria ratione statuit: loquor de aequitate in speciem”. In *Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*. Venetiis, 1577, com. a I, l. 7.

la literatura secundaria sobre Aristóteles, muy abundante durante aquellos años.<sup>40</sup>

Los juristas medievales no siempre describieron la equidad de una forma tan “prudencial”. Algunas veces revistió una función más “elevada”, porque fue considerada la sede de toda justicia, residente en Dios mismo.<sup>41</sup> No es sencillo discernir si en este caso nos encontramos ante una especie de idea de la justicia en un sentido platonizante, o bien se trata de una metáfora para expresar que el origen de todo derecho es la equidad presente en “las cosas mismas”.<sup>42</sup> Probablemente ambas intenciones estuvieron presentes en la mente de los jurisprudentes bajomedievales, hombres poco amantes de la coherencia sistemática.

## B. Las matizaciones de los humanistas

Indiqué páginas atrás que la irrupción del humanismo en la jurisprudencia no supone cambios drásticos en las concepciones sobre la equidad. Sin embargo, esto no quiere decir que no haya nuevos puntos de vista, que son ofrecidos, sobre todo, por hombres exclusivamente dedicados a las humanidades y ajenos al *ius civile*.

De esos autores, tal vez el más importante sea Guillaume Budé, cuyas *Annotationes in quattuor et viginti Pandectarum libros* forman uno de los hitos más importantes del humanismo jurídico. Como buen intelectual renacentista, Budé se acerca al Digesto con un copioso arsenal de conocimientos filológicos, literarios y, en menor medida, filosóficos. Critica al glosador Acursio por separar el *bonum* y el *aequum*, pues estas dos palabras latinas designan precisamente lo que Aristóteles llamó *epiices*, el producto de la epiqueya que no es otra cosa que la corrección del derecho legítimo o legal.<sup>43</sup> Esta apreciación de Budé supone una innovación,<sup>44</sup> aunque no produce ningún cambio radical en el pensamiento jurídico europeo. En el siglo XIII, Tomás de Aquino ya había asumido este aspecto de la *Ética* aristotélica y los representantes de *ius commune* medieval habían hecho desempeñar a la *aequitas* funciones más complejas que las contenidas en el *Corpus iuris*, unas funciones que, además, participaban a veces de un espíritu prudencial no muy diferente del que poseyó Aristóteles.

Más novedosa se presenta la actitud de otros humanistas como Juan Luis Vives, quien parece entender la equidad como una especie de justicia ideal que, unida a un conocimiento sumario de las costumbres de los pueblos, bastarían pa-

<sup>40</sup> Cfr. *Aequitas...* cit., pp. 33 y 48.

<sup>41</sup> Cfr. CARPINTERO, *En torno al método de los juristas medievales*, cit., p. 638.

<sup>42</sup> Vid. Piano Mortari ha destacado que la equidad entendida como *ratio naturalis*, desempeñó el papel de “*misura ideale di valutazione intrinseca delle norme positive e per conseguenza il criterio essenziale del procedimento interpretativo*”. “Il problema dell’interpretatio iuris nei commentatori”, en *Dogmatica e interpretazione. I Giuristi Medievali* (Napoli Jovene 1976) 238-239.

<sup>43</sup> Cfr. *Annotations...* 4, pp. 1-4. Budé señala que “*uno verbo Epiices appellat, quod nostri aequum et bonum dicunt*”, p. 4.

<sup>44</sup> G. Kisch concede a Budé relevancia destacada pues estima que a él se debe “das Eindringen des aristotelischen Begriffes des epieikeia in das moderne Rechtsdenken”. *Erasmus und die Jurisprudenz...* cit., p. 178.

ra solucionar todos los problemas jurídicos.<sup>45</sup> A partir de estas consideraciones, penetra en la mentalidad europea una aspiración nueva: sustituir la ciencia jurídica existente —el *ius commune*— por un saber nuevo caracterizado por la claridad y la sencillez y fundamentado en la equidad. Vives dedica críticas especialmente hirientes a los juristas romanistas y opone las que considera sutilezas inútiles de los peritos en derecho al ideal de justicia superior encarnado en la equidad.<sup>46</sup> El humanista valenciano no consiguió transformar la *iurisprudentia* de su tiempo y la equidad no se convirtió en el motor de una nueva concepción de la ciencia jurídica; pero su intención, revolucionaria en el fondo, sí prosperará, pues la sustitución del *ius commune* tradicional por un nuevo derecho será la meta fundamental de la modernidad, que empleará el derecho natural para conseguir ese fin.

Esta tendencia a la “idealización” se inserta claramente en una corriente típica del pensamiento humanista que identifica la *aequitas* con una justicia cristiana que debe servir de modelo para el orden social.<sup>47</sup> En cualquier caso no era sólo esa acepción la que estaba en las mentes de los humanistas. Además de las declaraciones programáticas que acabamos de ver, Vives escribe que la epiqueya de Aristóteles reúne en una sola palabra lo “bueno” y lo “equitativo” que menciona el derecho romano y añade que esa epiqueya no es, según el Estagirita, el derecho según la ley escrita y expresa, sino la “enmienda de la ley y su interpretación”.<sup>48</sup>

La identificación de la epiqueya con el *bonum* y el *aequum* la encontramos también en Uldarico Zasio,<sup>49</sup> quien cita a Budé para apoyar sus correcciones filológicas a los jurisperitos medievales. Zasio rechaza la peculiar interpretación acursiana de la ley primera del título primero del *Digesto*, pues estima que la usucapión, “introducida” en aras de la utilidad y el bien (*bonum*) público, no contraviene la equidad, ya que es bueno equitativo y útil que el propietario conserve las cosas adquiridas de buena fe, pero también es equitativo y útil que los “dominios” sobre los bienes no permanezcan inciertos.<sup>50</sup> Aunque Zasio critique

<sup>45</sup> “Y pensar que les bastaría la sola ciencia de la equidad, con una ligera añadidura de conocimiento de los usos y costumbres del pueblo en el que viven”. VIVES, J. I., *La Disciplinas*, lib. VII, p. 522, del vol. II de la edición de sus *Obras Completas* (Madrid Aguilar 1947; Reprint de la Generalitat Valenciana 1992). Más adelante, Vives indica que la equidad es la conservadora, y el alma de toda sociedad humana. Qué cosa sea la auténtica equidad, lo descubrirá la razón, y no una razón cualquiera, sino la pura, la grande, la movida por una gran fuerza natural o ilustrada por los avisos de la sabiduría. [...] Queda, pues, en claro que le toca al filósofo ocuparse de la equidad y de ella derivar las leyes y no puede ser de la incumbencia de ningún otro arte”, p. 664 del vol. II de sus *Obras Completas*.

<sup>46</sup> *Vid. Las Disciplinas*, lib. VII, cap. III, págs. 520 y ss. (sobre los juristas) y 525-526 (sobre la equidad). Ed. cit.

<sup>47</sup> *Vid.* el estudio de KISCH, *Erasmus und die Jurisprudenz...*, cit., pp. 151 y 154-155.

<sup>48</sup> *Aedes legum*, p. 688 del vol. II de la edición citada. Sobre la actitud de los juristas humanistas acerca de la equidad y su relación con el derecho romano, *vid.* el artículo de GUZMÁN, A., “Derecho Romano y equidad en François Le Douaren”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 49 (1978) 615-619.

<sup>49</sup> *Cfr. In Primam Digestorum sive Pandectarum Partem Paratitla*, en *Opera Omnia juridica* (Francofurti ad Moenium 1580) 2-6.

<sup>50</sup> *In aliquot Digesti Veteris Commentaria*, en *Opera Omnia juridica*, cit., com. 23-26 a I. I. II, pág. 102.

la opinión de Acursio, su actitud permanece fiel a la visión de la realidad jurídica defendida por los medievales, pues él también considera la presencia de una equidad que consiste muchas veces en la satisfacción de la utilidad comunitaria.

Los grandes juristas teorizadores del siglo XVI no aportan grandes novedades a las concepciones acerca de la equidad. Sí muestran, desde luego, un conocimiento de la filosofía aristotélica que no poseían sus antecesores del medievo. Siguiendo la explicación de Budé, el francés François Connan (1508-1551) indica que el vocablo griego epiqueya viene a decir lo mismo que la pareja latina “bueno” y “equitativo”.<sup>51</sup> Afirma que los legisladores permitieron que la equidad interviniese en los juicios, pues en el texto escrito de la ley no es posible recoger todo lo que puede ocurrir; basta regular lo que ocurre con más frecuencia, y confiar en la interpretación equitativa elaborada a partir de la “sentencia” de la ley y no de sus palabras.<sup>52</sup> Connan aúna en su planteamiento las ideas del Estagirita y un pensamiento fuertemente enraizado en el *ius commune*: la insuficiencia de la ley general para resolver todas las particularidades que pueden afectar a la situación típica regulada por la norma.<sup>53</sup>

Connan mantiene que la equidad debe dedicarse sólo a interpretar la ley y esas palabras podrán ser un indicio de un normativismo incipiente: el derecho se compone de leyes y el jurista sólo debe aplicarlas mediante el entendimiento equitativo. No obstante, esa impresión sería demasiado simplista. Es cierto que Connan concede una importancia grande a la ley, pero no olvidemos que la tradición romanista nunca renunció al punto de partida normativo ofrecido por la Compilación de Justiniano. Por eso, no se trata de aplicar la ley automáticamente, sino de captar el sentido de la ley y procurar la consecución del bien legalmente protegido en un caso concreto. Connan parece entender que la ley asume la defensa de alguna equidad, es decir, de algún bien de relevancia social, pero no consigue hacerlo de forma perfecta, debido a la inseguridad propia de los asuntos humanos; por eso, es necesario “atemperar y suplir” la norma según los dictados de la equidad.<sup>54</sup> Tengamos en cuenta que él, siguiendo la tradición

<sup>51</sup> Cfr. *Commentariorum iuris civilis libri X*. Basileae, 1562, lib. I, cap. XI, § 1, p. 64.

<sup>52</sup> “*Huic autem aequitati dederunt legislatores locum in iudiciis, quod omnia nec possent nec vellent scripto comprehendere. [...] Neque leges, inquit [cita al jurista Juliano] senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque acciderint, comprehendatur, sed sufficit ea quae plerumque. [...] Nam munus eius [se refiere a la equidad] in eo praecipue cernitur, ut legem non ex verbis interpretetur, sed ex eorum qui ipsam tulerunt sententia et consilis, quod quantum potest inquirat et investigat natura duce, cuius vestigiis insistit semper nec ab ea unquam discedit*”. *Commentariorum iuris civilis libri X*, cit., lib. I, cap. XI, § 2, p. 65. Mazzacane ha señalado que la equidad en Connan es un canon interpretativo de carácter estrictamente jurídica. Cfr. “Umanesimo e sistematica giuridiche in Germania alla fine del Cinquecento: equità e giurisprudenza nelle opere di Hermann Vultejus”, en *Annali di Storia del Diritto* XII-XIII (1968-1969), p. 290.

<sup>53</sup> Ch. BERGFELD ha resaltado la influencia de Aristóteles en la doctrina sobre la equidad defendida por Connan y ha señalado la coincidencia con la tradición medieval representada por Tomás de Aquino. Cfr. *Franciscus Connanus (1508-1551). Ein Systematiker des römischen Rechts* (Köln-Graz Böhlau 1968) 121, 127 y 122, nota 21. Conviene recordar que Connan no cita al Aquinate.

<sup>54</sup> “*Aequitatis em hoc unum et solum negotium est. legum scripturarum voluntates et quasi cogitationes omnes et sensus bene nosse, eosque pro sua bonitate adducere ad naturalem rationem. [...] Nec ulla aequitas est, quae non sit alicuius legis aequitas, et lex nulla, quae non alicuius aequitatis, ut sic dicam, lex sit: quia nihil tam enucleate dici potest aut scribi, nihil tam plane et*

romanista, piensa que la comprensión de la ley debe tener en cuenta su “sentencia” mejor que sus palabras.<sup>55</sup> El talante fronético de Connan, aparece claramente cuando explica que el derecho permanece idéntico a pesar de que la equidad cambie según la variedad de personas y circunstancias.<sup>56</sup> Pretende indicar aquí que el derecho sólo aparece con la solución a las distintas situaciones que forman la vida social; la decisión del jurista sólo puede ser justa en la medida en que se adecue a las circunstancias del problema: ésa es la equidad, que lógicamente variará según los vaivenes circunstanciales. Pero lo justo permanece pues sólo puede existir adaptándose a dichos cambios.

Otro jurista filosofante, Joachim Hopper (1523-1576), también se ocupa de la equidad, aunque el problema no le interesa demasiado. Trata esta cuestión en la primera parte de su *Seduardus sive De vera iurisprudencia ad regem libri XII*, dedicada a los conceptos fundamentales del derecho. En el título XV del libro I expone las diferentes acepciones de la justicia mediante un complejo esquema clasificatorio, y en él distingue la justicia “recta”, la “estricta” y la “laxa”. La primera de ellas es la “simple voluntad” de establecer y dar el derecho a quien corresponda, según las reglas de la prudencia y la ciencia y aplicando la proporción aritmética.<sup>57</sup> La justicia “estricta” no aparece caracterizada con gran claridad, pues Hopper sostiene que consiste en aplicar la justicia “según la proporción geométrica”, pero no piensa exactamente en la noción aristotélica, sino en atender minuciosamente a las peculiaridades de la persona y de la situación que se está juzgando y sólo debe emplearse en los casos extremos.<sup>58</sup> Finalmente, la “laxa” o “moderada” es definida como la que nace de la buena voluntad o temperancia, que descansa en la caridad y atribuye a cada uno su derecho según la “proporción armónica”. De ella brota “aquella forma de justicia nobilísima y suavísima que se llama equidad, bondad, benignidad, humanidad, simplicidad, gracia, misericordia y otros muchísimos nombres hermosos”.<sup>59</sup>

Hopper, un romanista influido por el neoplatonismo renacentista, quiere unir en la “justicia laxa” conceptos bastante diversos, algunos de ellos relacionados

*definite, quod non multa aequitate saepe sit aut temperandum aut supplendum”. Commentariorum... cit., lib. I, cap. XI, § 5, p. 67.*

<sup>55</sup> “Lex est, non verbum legis, aut scriptum, sed sententia, quam qui sequitur, ex aequo et bono iudicat, uno etiam ex legis voluntate”. *Commentariorum... lib. I, cap. XI, § 7, p. 70.*

<sup>56</sup> “Ita iuris aequitas quanquam varietur nonnunquam pro rerum et personarum varietatem, ius est tamen, et idem certe ius; nec aequum quicquam, quod non iustum, et omne iustum, aequum est”. *Commentariorum... lib. I, cap. XI, § 1, p. 64.*

<sup>57</sup> “S. Quam vocas justitiam rectam? G. In qua simplex voluntas, ad eam partem justitiae se applicans, quae in prudentia et scientia veri consistit, justum illud secundum proportionem arithmeticeam prosequitur, quod particulare secundum gradum positivum modo vocabimus. S. Scite. G. Quo quidem modo, cum jus suum cuique tribuitur, merito recta justitia dicitur, quoniam nulla re incitata, ad id recta via fertur, quod recta ratio dicitur, ad cuius praescripta, tanquam ad dictata quaedam se accommodat, nec unquam ab iis recedit...”. *Seduardus, sive De vera iurisprudencia ad regem libri XII. Antuerpiae, 1590, lib. I, tit. XV, p. 21.*

<sup>58</sup> *Ibidem.*

<sup>59</sup> “G. Haec est quae a bona voluntate sive temperantia, origem trahens, in charitate sive eudocia homi ipsius suaviter acquiescit, ad ius suum cuique secundum proportionem harmonicam tribuendum. Unde oritur ac efflorescit nobilissima illa ac suavissima iustitiae forma, quae aequitas, bonitas, benignitas, humanitas, simplicitas, gratia, misericordia, et alius pulcherrimis nominibus appellatur”. *Seduardus... cit., lib. I, tit. XV, pp. 20-21.*

con la equidad por la filosofía cristiana, desde los tiempos de la Compilación justiniana. Esta mezcla parece constituir un concepto un tanto idealizado de justicia, pero Hopper no olvida su herencia jurisprudencial. Hemos de tener en cuenta que esta manifestación de la justicia abarca las otras dos, pues es la “cabeza” y “príncipe” de todo.<sup>60</sup> Así, la justicia estricta está incluida en el ámbito de la moderada, de la “misma forma que un ángulo agudo está comprendido en el obtuso”.<sup>61</sup> La justicia “moderadora” supone aceptar las diferentes circunstancias que pueden afectar a un problema y obligan al jurista a buscar diferentes soluciones: a veces muy especiales, cuando los casos son “extremos”; otras veces es suficiente la simple aplicación de la ley; en otras, en cambio, se debe mitigar el *rigor iuris*. Por tanto, la justicia supone, en última instancia, la adecuación a las circunstancias del caso. Para recalcar esta interpretación Hopper cita la ley *Placuit* del emperador Constantino que ordenaba atender más a la justicia (entendida como *iustitia recta*, aclara el jurista holandés) y a la equidad que al derecho estricto; esa labor equitativa corresponde a la justicia laxa. Afirma que las reglas de derecho (*regulae*) que corresponden a la justicia recta, no pueden conseguir una certidumbre total, por lo que necesitan amoldarse a las circunstancias, como se adapta la regla lesbia; en consecuencia, si no admitimos la justicia moderada nunca puede ejercerse rectamente”.<sup>62</sup> La idea es interesante, porque supone admitir que la verdadera justicia no está contenida sólo en las reglas jurídicas —lo que los medievales llamaban *aequitas constituta*—, sino en la adaptación de tales *regulae* a las particularidades de los asuntos jurídicos. De todas formas, no resulta del todo fácil aclarar las líneas básicas de estos planteamientos, porque están entreverados de referencias *idealistas* a la benignidad y al amor por la justicia.

En otro tratado, llamado *De iuris arte*, Hopper no muestra influencias platónicas tan intensas y está más cerca de los modos propiamente jurídicos. Aquí escribe acerca de la diferencia entre *ius* y *aequitas* y sostiene que el *ius strictum* o *rigidum* aplica directamente el precepto “deducido” de la norma sin atender a las particularidades del asunto. En cambio, el *bonum et aequum* debe acomodarse a las circunstancias.<sup>63</sup>

Más cercano a las expresiones típicas de la jurisprudencia romanista está otro teorizador de nacionalidad francesa, Pierre de la Grégoire o Petrus Gregorius Tholosanus (1540-1599). El subtítulo de una de sus obras más destacadas —*De iuris arte, methodo et praeceptis*— es especialmente significativo: “*Quibus* [se refiere a los preceptos singulares] *negotiorum hypotheses ad aequum bonumque facile reducuntur*”. Grégoire considera al *bonum* y al *aequum* como el núcleo del saber jurídico y entiende que a ellos debe referirse todo el ordenamiento. De esa forma, sigue fielmente la tradición romana que definía el derecho como el “*ars boni et aequi*”. Poco después, los identifica con la noción de “justo”, al es-

<sup>60</sup> *Seduardus, cit.*, lib. I, tit. XV, p. 22.

<sup>61</sup> *Loc. cit.*, p. 21.

<sup>62</sup> “*G. Et de iustitia recta, quoniam et ipsa sub moderata continetur, quemadmodum angulus rectus sub obtuso, et nulla regula tam certa statui potest, quae non ut Lesbia norma aliquando flecti debeat consequens est, sine admistione moderatae, eam nunquam recte posse exerceri*”. *Seduardus, cit.*, lib. I, tit. XV, p. 23.

<sup>63</sup> *De iuris arte libri tres*. Iovannii, 1555, lib. I, pp. 16-17.

cribir que el derecho (*ius*) es aquello que posee equidad y bondad o, dicho de otra forma, utilidad justa.<sup>64</sup> El sentido de la frase no es del todo claro, pues no sabemos si Tholosanus identifica la “utilidad justa” con el conjunto *bonum aequumque* o sólo con el *bonum* tal y como hizo Acursio. Esta segunda posibilidad es poco probable, si tenemos en cuenta la filiación cultural de Grégoire, teñida de aristotelismo.

En él encontramos un enfoque que nos recuerda a la distinción medieval entre *aequitas rudis* y *scripta*, aunque el autor francés no use esa denominación. Escribe que la “bondad y la equidad” son realidades más amplias que la abarcada por la ciencia jurídica y ejercen su imperio fuera de las reglas de derecho y de las limitaciones inherentes a las leyes. El derecho es algo finito y acabado, circunscrito a los mandatos, mientras que la bondad y la equidad no son finitas en sí mismas, sino que son a modo de fuente perpetua, rebosante y perenne de las leyes, se mueven según las circunstancias propias de los negocios, y no es posible circunscribir o comprender todo su contenido en las leyes.<sup>65</sup> El símil de la fuente era ya viejo por entonces y podemos hallarlo en los civilistas medievales, aunque normalmente está referido a la justicia.<sup>66</sup> Lo que no indica, aquí ni en los autores del medievo, que la equidad sea un modelo trascendente y eterno de juridicidad que difusora de su fuerza por el mundo terrenal.

Grégoire piensa que lo justo (*iustum*) puede presentarse bajo dos formas: *secundum legem* y *secundum aequitatem*; la “equidad determinada” en leyes es más inflexible que la indeterminada, “pues lo que ya está determinado admite la adecuación (*delectum*) a la variedad de circunstancias. De ahí que a lo ya establecido en preceptos se le llamase *ius sumo* y rígido, *ακριβοδικαιον* y a la equidad libre de determinaciones *επιεικεια* o, de forma más simple, equidad, es decir, lo que conviene al bien”.<sup>67</sup>

Esa *aequitas* representa un doble papel en la creación del derecho, pues no sólo es la materia de la que nace el ordenamiento jurídico, sino que también está presente a la hora de establecer la solución para un caso concreto. Tholosanus destaca que el *summum ius* resulta claramente insuficiente para resolver todos los problemas que se le presentan al jurista, por lo que necesariamente hay que “mitigar el rigor del derecho estricto”, recurriendo a la *emendatio* de la ley. Esa

<sup>64</sup> “*Et in summa quod habet aequitatem et bonitatem seu iustam utilitatem, ius est*”. *De iuris arte, methodo et praeceptis*. Lugduni, 1580, I, § 4, p. 9.

<sup>65</sup> “*Bonitas et aequitas latior est arte iuris, et extra iuris regulas circumscriptionesque legum imperium exercet. Ius enim finitum est, propter mandata circumscripta: at bonitas et aequitas finita non sunt in se, sed veluti fons perpetuo scantes, et perennis, suas pro modo negotiorum occurrentium, educunt et promunt leges, nec possunt omnes articuli earum circumscribi vel comprehendi legibus*”. *De iuris arte...*, cit., I, § 7, p. 13.

<sup>66</sup> *Vid.* Cortese, “*Iustitia*” e principio soggettivo nel pensiero civilistico medievale, cit., pp. 142 y ss.

<sup>67</sup> “*Durior itaque conditio aequitatis iam determinatae per leges, sive scriptas sive non scriptas, quam indeterminatae, nam per se determinatum flecti, non nisi difficile potest; at indeterminatum circumstantiarum variarum admittit delectum. Unde illud quod determinatum iam est, sumum ius, dicitur et rigidum, ακριβοδικαιον. Aequitas a determinatione libera, επιεικεια. Et simpliciter aequitas, quod decet vel convenit bene*”. *De iuris arte...*, cit., I, 8, pp. 13-14.

fue la causa de la aparición del derecho pretorio, que, amparado en la equidad natural, estaba destinado a suplir y corregir el derecho civil.<sup>68</sup>

En otro representante destacado del humanismo jurídico, Jean de Coras (1513-1572), encontramos una identificación clara entre la equidad y la solución justa de al controversia jurídica. Dedicó la cuarta parte de su *De iuris arte liber* a la *interpretatio iuris*, palabras que en el siglo XVI denominaban la forma de hallar la solución justa a una controversia particular, y al inicio de esa sección escribe que toda cuestión jurídica puede ser englobada bajo alguno de estas tres cuestiones: hallar la *significatio verborum*, establecer la verdadera voluntad de las partes intervinientes en un asunto y discutir sobre lo “equitativo”.<sup>69</sup> Como podemos ver, la respuesta justa a un problema viene dada por lo equitativo. Coras expone diversas técnicas argumentativas para llevar a cabo esa tarea: la comprensión correcta de la *ratio legis* y su aplicación —*extensio*— a supuestos de hecho parecidos pero no regulados jurídicamente, el argumento *a similibus*, etcétera. Bolognetus va a discurrir por ese mismo camino.

### III. LAS EXPLICACIONES DE BOLOGNETUS

---

Es consciente de las dificultades que presenta la cuestión y reconoce que de ella se han ocupado no sólo numerosos juristas, sino también muchos otros autores competentes.<sup>70</sup> Desde luego, él debe de considerar especialmente significativa esta parcela del conocimiento jurídico, pues le dedica la tercera parte de su tratado. Dos son las cuestiones que le ocupan en el tratado: cómo se emplea la equidad y a quién corresponde ese empleo.

#### A. El concepto

---

Bolognetus es un jurista culto, buen conocedor de la jurisprudencia humanista y la filosofía aristotélica, y rechaza la separación entre *bonum* y *aequum* establecida por Acursio. Sostiene que, según las explicaciones de este glosador, lo bueno era entendido como lo “útil”, mientras que lo equitativo desempeñaba otro

<sup>68</sup> “*Et proinde, cum non est, qui auctoritatem habeat solvendi legem decretam ex causa, quae rationem gratiae habet, vel cum non dispensatur, ullid ius summum, summa fiet iniuria et malitia, nisi subveniat et admittatur aequitas, quae est legitimi επανορθωσια, id est emendatio: quae temperet rigorem necessario. [...] Hinc pendunt iura praetorium emendandi vel supplendi iuris iam decreti gratia, aequitate naturali munita*”. *De iuris arte...* I, 9, pp. 14-15. Esta idea sobre el origen del derecho pretorio viene ya expuesta por Papiniano en la ley *ius autem* del *Digesto*, I, 1. Grégoire también menciona en este pasaje a la ley *Placuit* de Constantino.

<sup>69</sup> *Cfr. De iuris arte liber*, en el vol. I de los *Tractatus Universi iuris*, cit., p. IV, cap. I, fol. 75.

<sup>70</sup> “*Multi sunt non modo jurisconsulti, sed et alii probatissimi autores qui de aequitate ac de aequo et bono crebram intentionem faciunt*”. *De lege, iure et aequitate Disputationes*, cit., XXVIII, 5, pp. 543-544.

papel.<sup>71</sup> Pero esta interpretación es inadecuada y es más razonable la defendida por Budé y seguida por jurisperitos tan prestigiosos como Zasius y Connan: los dos vocablos latinos —*bonum et aequum*— significan lo mismo que la epiqueya griega, ya que los latinos no pudieron encontrar una palabra única para traducirla.<sup>72</sup>

Antes de exponer sus opiniones, Bolognetus prefiere ofrecer un resumen de las diversas acepciones que la *aequitas* posee en la tradición jurisprudencial a la que pertenece. Es interesante comprobar la extensión temporal que él otorga a esa tradición, pues no aprecia la existencia de ninguna quiebra entre el *ius commune* medieval y las aportaciones renacentistas: Baldo aparece citado al lado de un representante tan destacado del humanismo jurídico como François Le Douaren; así mismo, Bolognetus considera integrantes de la misma forma de entender el derecho a los jurisconsultos romanos, y a pensadores como Cicerón, Aristóteles, Tomás de Aquino y Domingo de Soto.

La primera de las acepciones de equidad la identifica con el derecho propiamente dicho y con la *ratio naturalis*. Según nos indica Bolognetti, esta tesis ha sido defendida, entre otros, por Cicerón y Ulpiano, aunque no resulta satisfactoria.<sup>73</sup> Tengamos en cuenta que a lo largo de las *iurisprudentia* universitaria de estos siglos la llamada “equidad natural” era entendida en ocasiones como un sinónimo de derecho natural. Una prueba la tenemos en las expresiones de Jacques Cujas cuando afirma que el auténtico derecho natural pertenece sólo al hombre y puede ser denominado derecho de gentes, *bonum et aequum*, equidad natural, razón natural, ley natural y *natura*.<sup>74</sup> Por ese motivo, se fundamentan algunos principios e instituciones concretas en la equidad natural. En ese sentido, Jean de Coras indica que la obligación de cumplir la palabra dada y la existencia de las *fictiones iuris* obedecen a la equidad natural.<sup>75</sup> Igualmente, el español Fortún García basa en la equidad natural las correcciones de las leyes penales o la devolución de las cosas ajenas dadas en legado.<sup>76</sup>

No le merece buena opinión la conceptualización de la *aequitas* como un “acto de la razón”, tal y como lo han expuesto Baldo y Le Douaren, porque todas las virtudes suponen un juicio racional y, por tanto, esa no es una seña exclusiva de la equidad.<sup>77</sup> En otras ocasiones, esta figura ha sido definida como la interpreta-

<sup>71</sup> “Según Acursio *“bonum interpretatur esse, quod utile est, et ab aequo illud diversum esse statuit”*. *De lege...*, cit., XXIX, 1, p. 557.

<sup>72</sup> “Itaque cum Budeo concludendum est, duo haec vocabula aequum et bonum, quoties simul junguntur, illud significare quod Arist. vocat ἐπικεῖσθαι, cuius Graeci vocabuli vim quoniam non uno tantum vocabulo latini exprimere possunt”. *Ibidem*.

<sup>73</sup> *Cfr. De lege...*, XXVIII, 7-8, pág. 544.

<sup>74</sup> “At quae bruta faciunt incitatione naturali, ea si homines ratione faciant, iure naturali faciunt. Quae bruta non faciunt, ea si omnes homines ratione faciunt, iure gentium faciunt: quod et ipsum naturale ius dicitur, et bonum et aequum et naturalis aequitas, et naturalis ratio, et lex naturalis, et natura”. Glosa a *Instituta*, I, II, I, *Corpus Iuris Iustiniani*, cit.

<sup>75</sup> *Cfr. De iuris arte liber*, cit., p. II, cap. IX, fol. 68 y p. III, cap. I, fol. 71.

<sup>76</sup> *Cfr. De ultimo fine iuris Canonici, et Civilis*, en el vol. I de los *Tractatus Universi Iuris*, § 209 y 306.

<sup>77</sup> *Cfr. De lege...*, XXVIII, 10-11, pp. 549-550.

ción benigna o severa del derecho, pero esa tampoco es la correcta visión del problema.<sup>78</sup>

Una vez expuesta la controvertida situación doctrinal, Bolognetus encara el problema y el primer paso para hallar la solución consiste en afirmar que la equidad es una virtud y, como tal, se identifica y determina por su objeto.<sup>79</sup> Precisamente aquí aparecen las dificultades, porque no está muy claro cuál es exactamente el objeto de la equidad. Ya he aludido a las opiniones que establecían la igualdad entre el *ius* y lo equitativo y, en la misma línea, a algunos les parece poco adecuado separar el derecho propiamente dicho de la *aequitas*, pues a simple vista no aparentan ser realidades diferentes.<sup>80</sup> Sin embargo, Bolognetus señala que numerosos autores establecen esa discriminación, entre ellos Aristóteles y “muchos de nuestros jurisconsultos”.<sup>81</sup> El Estagirita es el modelo principal de sus reflexiones, pero también es cierto que éstas sólo pueden comprenderse en el seno de una inteligencia de las relaciones entre ley y derecho diferentes a las propugnadas por la modernidad.

En ese respecto, Bolognetus ha distinguido los conceptos de *lex*, *ius* y *ius-tum*, en los capítulos anteriores. La ley es la regla general que desempeña la función de causa del derecho. El *ius* es el derecho propiamente dicho y consiste en el contenido del precepto que forma la ley. El *iustum*, que podríamos traducir como la “cosa justa”, hace referencia a una conducta o un hecho particulares calificados desde el punto de vista jurídico.<sup>82</sup> La distinción entre ley y *ius* que Bolognetus lleva a cabo aquí no aparece muy clara; parece estimar que la ley sería el mandato revestido de autoridad formal y el *ius* la justicia material contenida en ese mandato. El *iustum* sería la concreción del *ius* en una situación particular. Es interesante observar la distinción entre estos conceptos, pues muestra la preocupación de Bolognetus por adoptar una postura matizada ante problema: el derecho se mueve en dos planos, el de la regla general (ley y *ius*) y el de la solución al caso (*iustum*) y todos son dimensiones diferentes del “derecho”.<sup>83</sup> Precisamente, la noción de *iustum* será comparada por Bolognetus con el *bonum* et *aequum* para establecer el objeto preciso de la equidad. Es lógico, porque sus apreciaciones sobre este problema girarán alrededor de la determinación de la conducta justa ante una situación particularizada.

Estas concepciones no son exactamente medievales. El *Digesto* justiniano comienza con la exposición de las acepciones de derecho y justicia, y sólo posteriormente parece la definición de ley. En esa línea, las *Instituta* señalan que la *lex* es sólo una de las manifestaciones del *ius scriptum*, que es a su vez, una de las divisiones del derecho.<sup>84</sup> Los autores bajomedievales siguieron esa tendencia, y sus Glosas y Comentarios empiezan con referencias al *ius*, la *iustitia* y la

<sup>78</sup> Cfr. *De lege*..., XXVIII, 14, p. 532.

<sup>79</sup> “*Conveniunt enim genere virtutes omnes. sed quia ad varia referuntur objecta, ex obiectis ipsis inter se distinguuntur*”. *De lege*..., XXVIII 4, p. 543. Cita a Aristóteles para apoyar su opinión.

<sup>80</sup> Cfr. *De lege*..., XXVIII, 5-6, p. 544.

<sup>81</sup> *De lege*..., XXVIII, 8, p. 547. Entre los juristas a los que cita está François Connan.

<sup>82</sup> Sobre la ley, vid. *De lege*..., cap. XIV, § 8, pp. 300-301. Sobre las diferencias entre *ius* y *iustum*, vid. cap. XIV, § 11 y ss., p. 308 y ss.

<sup>83</sup> Cfr. *De lege*..., cap. XV, § 15-16, p. 325-326.

<sup>84</sup> Cfr. *Digesto*, I, I, I y I, III, I e *Instituta*, I, II, III.

*iusprudentia*. Bolognetus concede atención especial a la ley, que aparece como la realidad jurídica primaria, y se desmarca así un tanto de sus antecesores romanistas. Eso no quiere decir, desde luego, que adopte posiciones decididamente legalistas y “modernas” pero tampoco es ya un medieval estricto.

Consecuencia inmediata de esa concepción es que la equidad se aplique siempre, según este jurista, al derecho *legítimo*, esto es, al que está ya condensado en leyes. Bolognetus indica que Aristóteles ofreció dos conceptos de epiqueya. El primero aparece en la *Retórica* y consiste en dar una solución *praeter legem scriptam*. En cambio, en la *Ética a Nicómaco* es presentada como la “corrección del justo legal”.<sup>85</sup> Las dos acepciones son válidas, pues así opinan también “nuestros jurisconsultos”, pero lo más importante, a juicio de este jurista, es la corrección (*emendatio*) de la ley, pues “de este asunto depende la clave de toda la explicación”.<sup>86</sup> El estudio de esta cuestión se divide, a su vez, en dos partes: el análisis de los “defectos de la ley” necesitados de enmienda y, posteriormente, el planteamiento de las formas en que es posible llevar a cabo la corrección.<sup>87</sup>

Antes de exponer cuáles son esos defectos, que él reduce a dos, Bolognetus señala que ambos tienen una causa común: la variabilidad de los asuntos humanos. Hay que tener en cuenta, explica, que todas las leyes y todos los derechos, ya nazcan de la simple naturaleza o sean creados por los hombres, han de referirse a los hechos, pero esas leyes no puede aplicarse por igual a todos los supuestos fácticos; debido a la variedad que éstos pueden revestir cambia la configuración del problema y puede ocurrir que la solución jurídica establecida para ese supuesto se haga injusta al cambiar las circunstancias particulares y aparezca un problema nuevo. Por tanto, quien quiera hacer leyes perfectas deberá tomar en consideración todas las posibles circunstancias. Claro que son tantas, y pueden variar de tantas formas que nadie puede elaborar normas tan perfectas que no necesiten añadidos o enmiendas.<sup>88</sup> La “culpa” de estos defectos no es imputable al legislador, sino a la infinita multiplicidad de la vida práctica —como ya señaló Aristóteles—, pues si las cosas singulares de la naturaleza son inciertas, inestables e innumerables, las acciones concretas de los hombres también apare-

<sup>85</sup> *Cfr. De lege...*, XXIX, 5, p. 561.

<sup>86</sup> “*Sed minime dubitandum est, quin verissima sint quae utroque in loco Arist. tradit: vere aequitas est emendatio legis, vere etiam aequitas praeter ipsam legem est, nec sane pugnant haec inter se, sed optime simul conveniunt, ut non tantum ex ipso Aristotele, sed etiam ex nostris jurisconsultis demonstrari potest. Ut vero commodius intelligamus, quomodo haec emendatio accipienda sit (qua ex re tota hujus nodo explicatio pendet) duo seorsum et distincte nobis consideranda sunt*”. *Ibidem*.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> “*Considerandum est, leges quascunque ut et alia omnia jura, sive a sola natura prodierint, sive ab hominibus inducta sint, ad facta semper aliqua referri: neque vero semper factis omnibus aequae convenire, sed pro ipsorum varietate variari, ac propterea fieri, ut quod in qualibet facti specie jus inest, ea mutata, saepissime illud mutetur, atque ex jure injuria efficiatur. [...] Quae quidem tam multa sunt, et tam multis modis variari possunt, ut nemo vel prudentissimus legislator quicquam posset unquam tam perfecte scribere, cui non multa, et addenda et detrahenda essent*”. *De lege...*, XXIX, 6, pp. 562-563.

cen en un número poco más o menos infinito a causa de su increíble variedad y circunstancias.<sup>89</sup>

Aunque sea posible establecer reglas generales, la complejidad inabarcable de la realidad humana conduce inevitablemente a la existencia de dos vicios típicos de la ley: la omisión de algún problema concreto y la excesiva generalidad en la redacción, de forma que algunos supuestos específicos, aparentemente comprendidos en la norma, no están incluidos en el bien jurídico protegido por la ley.<sup>90</sup> Por eso, las leyes, que necesariamente se redactan de “forma general y universal, deben ser atemperadas y estrechadas mediante la interpretación”.<sup>91</sup> Como reconocieron Aristóteles y Juliano, es imposible recoger en la ley todo el abanico de posibilidades que puede presentar un problema, y por eso es imprescindible la participación del intérprete.<sup>92</sup>

Esta labor no supone una contravención del mandato legal, sino la “dirección” y “moderación” de la norma de acuerdo con la razón y la finalidad que se había propuesto el legislador, aunque eso suponga desviarse algo del sentido literal de sus palabras.<sup>93</sup> Por tanto, para dar una respuesta adecuada al caso concreto, es preciso conocer con cierta claridad cuál es esa “intención de la ley”, para lo cual existen tres procedimientos básicos.

El primero consiste en atender a lo preceptuado en las partes de la ley que anteceden o siguen a la regulación discutida.<sup>94</sup> Si en esa ley no es posible hallar ninguna pista para responder al problema planteado, será necesario recurrir a otra ley y si no hallamos ley escrita a la que recurrir será preciso atender a las costumbres.<sup>95</sup> Finalmente, si fallan los medios anteriores, el jurista habrá de ba-

<sup>89</sup> “*Nec sane legislatoris culpa hoc contingit, sed ob rerum agendarum prope infinitam multitudinem (ut recte ait Arist.) quia quemadmodum si res singulas a natura proditas contemplerur, reperiemus eas non modo incertas et instabiles, sed et fere innumeras esse, ita etiam si ad singulas singulorum hominum operationes, animum convertamus, videbimus illarum cum numerum prope-modum infinitum esse, tum vero incredibilem varietatem et inconstantiam*”. De lege..., XXIX, 7-8, p. 563.

<sup>90</sup> “*Quare sicut primum illud legis peccatum positum est in eo, quod plura quam oporteat legis scriptura fuerint compræhensa, ita hoc secundum in eo consistit, quod fuerit aliquid prætermissum*”. De lege..., XXIX, 14, p. 568.

<sup>91</sup> “*Quapropter evenit sæpenumero, ut quæ in hunc modum a legibus generatim atque univèrse statuuntur, temperanda sint, atque interpretatione coangustanda quod demonstrat Aristot.*” De lege..., XXIX, 12, p. 566.

<sup>92</sup> “*Quæ omnia, sicut lege comprehendi non possunt, ut pos Arist. tradit Iul. in l. non possunt, ff. de ll.*” De lege..., cap. XXXIV, § 25, pp. 649-650.

<sup>93</sup> “*De duplici legis peccato, cui legis emendatio adhibetur, ita hucusque egimus, ut ex iis intelligi possit, hanc emendationem non contra legem, sed præter legem esse, ac legislatoris si minus verbis, at certe menti ac rationi convenire, ideoque legem non tam corrigere, quam dirigere et moderari*”. De lege..., XXX, 1, p. 573. Según nos informa Cortese, ya desde la época de los Glosadores se había identificado la *mens* de la ley, esto es, su intención, con la *aequitas*, frente a las *verba* que componían la norma. Cfr. *La norma giuridica*, vol. II, cit., p. 296.

<sup>94</sup> “*Ex iis, quæ in eadem lege vel præcedunt vel sequuntur*”. De lege..., XXX, 1, p. 574.

<sup>95</sup> “*...secundo animadvertere debet, possitne casus in ea lege amissus, quam sibi interpretandam proponit, alia aliqua lege determinari. et si lex scripta nulla extabit, ad mores et consuetudinem confugiet, inspicietque quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa sit l. de quibus ff. de ll.*” De lege..., XXX, 3, p. 575.

sar su respuesta en el derecho natural.<sup>96</sup> Esto último no es tan complicado, explica Bolognetus, pues el *ius civile* acoge el espíritu del *ius naturale*.<sup>97</sup>

Sin embargo, los procedimientos anteriores no son suficientes para captar lo mejor posible el verdadero significado de la ley. Al respecto, Bolognetus sostiene que las palabras de las leyes no deben ser observadas de forma “estricta” y “supersticiosa”, sino que deben interpretarse de acuerdo con la naturaleza de la ley. No se entiende correctamente una norma si no restringimos o ampliamos lo que en ella se ordena según la intención del legislador, y entonces se dice correctamente que estamos usando la equidad e interpretando según lo que es bueno y equitativo.<sup>98</sup> No siempre es fácil satisfacer esa pretensión, pues a veces los vocablos y expresiones del texto no son todo lo claras que debieran, y esto nos lleva a nuevos aspectos del trabajo del jurista. Estos problemas pueden presentarse de varios modos diferentes: en primer lugar puede ocurrir que la expresión verbal del legislador sea tan oscura que imposibilite el entendimiento de la solución propuesta por la norma; en tal caso, el jurisperito deberá acudir al príncipe —es decir, al poder político del que emanan las leyes— para que él la interprete.<sup>99</sup>

En segundo lugar, los términos de la ley no están del todo claros, pero es posible comprender su finalidad. En este supuesto debe ser empleada la equidad para atender al sentido o finalidad de la ley (*sententiam*) más que a sus palabras,<sup>100</sup> una idea que Bolognetus ya ha destacado páginas atrás. Este problema tiene lugar cuando el caso que el jurista estudia no está incluido en la literalidad de la ley, pero es perceptible la existencia de una identidad entre el bien social protegido por la norma y el interés que se halla en juego en ese problema: si así ocurre, es posible “suplir” lo descuidado por la ley. Bolognetus indica que no es correcto hablar aquí de *extensio legis*, como tantas veces se ha hecho, sino de una *comprehensio* o *intensio*, pues se trata realmente de aprehender la *ratio* de la regla y aplicarla a casos similares.<sup>101</sup>

En otras ocasiones, la ley está clara y es completa en su regulación pero, aún así, es preciso llevar a cabo una labor interpretativa, debido a la tensión inevita-

<sup>96</sup> “*Ut quoties neque ex eadem, neque ex diversa aliqua lege, aut consuetudine desumi aliquid potest, ex quo legis vitium temperando, vel suplando, emendetur, ad jus naturale decurramus*”. *De lege...*, XXX, 7, p. 577.

<sup>97</sup> *Cfr. loc. cit.*, p. 578.

<sup>98</sup> “*Ac propterea verba legum non tam stricte et superstitiose observanda sunt, sed quadam interpretationis facilitate laxanda, et quam maxime fieri possit, ad naturae legem accommodanda. Hoc vero cum facimus, ac cum ex praescripto naturae ea temperamus ac moderamus, quae non recte a legibus generatim definiri potuerunt, quin vel praetermissum aliquid, vel quid amplius fuerit comprehensum, quod a legislatoris mente abhorreat, tunc vere dicuntur uti aequitate, et ex aequo bonoque interpretari*”. *De lege...*, XXX, 9, p. 579.

<sup>99</sup> *Cfr. De lege...*, cap. XXXIV, § 2, pp. 633-634.

<sup>100</sup> “*Ego hic non puto dubitandum esse, quin ex aequo et bono leges interpretari non modo possimus, sed etiam debeamus ac multo magis sententiam, quam verba spectare*”. *De lege...*, cap. XXXIV, § 4, p. 635.

<sup>101</sup> *Cfr. De lege...*, cap. XXXIV, § 20-22, pp. 646-647. Piano Mortari ha escrito que los comentaristas empleaban las consideraciones equitativas para “ampliar” el contenido de las normas y así “comprendere situazioni e fenomeni che, se non espressamente, sembravano tuttavia implicitamente contemplati purché alle norme non venisse attribuito un senso puramente letterale”. *Il problema dell’interpretatio iuris nei commentatori, cit.*, p. 249.

ble entre la generalidad de la leyes y la imprevisible contingencia de los asuntos humanos. A veces, ciertos problemas de naturaleza jurídica son muy parecidos a los supuestos regulados en las normas, pero también contienen peculiaridades que no están recogidas en el precepto. En estos casos hay que “ajustar y dirigir lo que ha sido regulado en ella [la ley] con excesiva generalidad, según lo bueno y lo equitativo”.<sup>102</sup> La clave, nuevamente, es la determinación precisa de la *ratio legis*, que indica la dirección que ha de tomar la interpretación. Bolognetus reconoce la dificultad de esta actividad interpretativa, pues “en los supuestos singulares e individuales aparecen y concurren muchas circunstancias que suelen variar la interpretación en muchos modos”.<sup>103</sup>

En tales supuestos, la tarea de la equidad es establecer el auténtico sentido de la ley ante un caso concreto, “dilatando, restringiendo, moderando”, etcétera, el texto legal mediante la “razón natural”.<sup>104</sup> Bolognetus piensa que la *aequitas* no se opone a la idea de severidad sino a la de derecho estricto, es decir, a lo establecido en la ley antes de ser puesto en contacto con las exigencias de un problema concreto.<sup>105</sup> De ahí que gracias a la equidad, las leyes puedan compararse a la regla de Lesbos y ser adaptadas a la variedad de acciones y negocios humanos.<sup>106</sup>

<sup>102</sup> “*Quod in controversia revocatur, neque expressim lege decisum est, neque etiam prorsus omnis, sed verbis tantum generalibus comprehensum: et in hoc pariter concludendum est posse non ex aequo et bono legem interpretari, et quod nimis generatim in ea traditum est, coangustare ac moderari*”. *Ibidem*

<sup>103</sup> “*Non satis commode potest hoc ex omni parte explicari, cum in singularibus atque individuis factorum speciebus positum sit, multaque saepe concurrant, quae multis modis interpretationem variare solent*”. *Op. cit.*, cap. XXXIV, § 25, p. 649.

<sup>104</sup> “*Proprium munus esse [de la equidad], ut missa verborum superstitione, ex naturali rationis praescripto interpretentur, dilatent, restringant, moderentur, inflectant, ac denique, id uno agant ut naturali rationi atque honestati legis scriptura imprimis aptetur, atque ex omni parte cohaereat*”. *De lege...* XXX, 14, p. 583. La referencia a la *ratio naturalis* no significa que estemos ante el derecho natural.

<sup>105</sup> “*Qua ex re intelligitur, aequitatem non severitati, sed potius stricto iuri tanquam suo contrario opponendam esse ut concludit etiam divus Thomas*”. *De lege...*, XXX, 11, p. 579. El *ius strictum* no siempre tuvo esta acepción. En los glosadores encontramos tres formas de entender esta expresión: en primer lugar califica a las normas que son absolutamente obligatorias; también se refiere a los casos en los que hay una correspondencia perfecta entre las palabras de la ley y su intención; finalmente, se utilizaba como sinónimo de *ius rigidum*, para indicar que en la norma había alguna disparidad entre la expresión lingüística y el bien jurídico —la *aequitas*— que protegía la ley. Esta última acepción triunfará con los comentaristas y es la que Bolognetus recoge. *Cfr.* E. Cortese, *La norma jurídica*, vol. II, *cit.*, pp. 345-347.

<sup>106</sup> “*Ita facti aequitas, ut quando hominum actiones tam variae, tamque inter se inaequales ac dissimiles sunt, ut quasi Lesbii lapides nullis certis regulis aptari possint, nullisque legibus perfecte atque definite comprehendi factis (inquam) aequitas, ut ipsis saltem factorum speciebus aptentur congruenter, quae a legibus traditae sunt regulae, a cpro negotiorum natura varie flectantur atque mutantur; quo magis rebus ipsis atque, negotiis convenient*”. *De lege...*, XXX, 15, pp. 583-584. Según Piano Mortari, “*Bolognetto accogliendo la concezione aristotelica dell'epieikeia abbia attribuito all'aequitas un compito di direzione ideale del procedimento interpretativo: essa doveva guidare l'interpretazione nella formulazione della norma giusta per la decisione del caso concreto*”. Por lo demás, nos aclara Piano, se trata de una actitud típica también de los Comentaristas de los siglos XV y XVI. *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI, cit.*, pp. 22-23. La regla de Lesbos era un instrumento de medición que se adaptaba a las superficies rugosas e irregulares. La referencia está tomada de la *Etica a Nicómaco*, lib. V, 1137b, 30, p. 264 de la edición citada.

Esto permite comprender mejor la relación entre el derecho y lo equitativo, porque la pareja latina *bonum et aequum* son la solución del caso y constituyen derecho, aunque no entendido *per se* o *simpliciter*, sino en la medida en que es interpretado mediante las exigencias del problema.<sup>107</sup> Esta afirmación posee cierto interés pues demuestra que, para la jurisprudencia romanista, el jurista no puede dedicarse a la contemplación teórica de las normas, sino a su aplicación a las mudables controversias sociales. Por otra parte, las expresiones *per se* y *simpliciter* parecen ser una referencia a un modo de razonar, procedente de la tradición escotista, que estaba extendiéndose entre los pensadores de aquellos años. En el siglo XV, Juan de Gerson ya había empleado esos términos para calificar cierta forma de estudiar las instituciones morales y jurídicas en sí mismas, es decir, sin atender a los cambios circunstanciales motivados por la presencia de la realidad cotidiana. A lo largo de la segunda mitad del XVI, hallamos consideraciones de ese tipo en algunos representantes de la Segunda Escolástica, cuando se refieren al derecho natural. Bolognetus no menciona a ningún autor que apoye tal conocimiento *simple* y abstracto del derecho, pero es muy probable que esté pensando en esa tendencia y frente a ella proclama la necesidad de un saber jurídico prudencial, siempre pendiente de los acontecimientos sociales y de su relevancia en el mundo jurídico.

En ese sentido, cita a Aristóteles para indicar que lo equitativo es sólo un género de lo justo y que, por tanto, no son tan diferentes. Es cierto que éste había señalado que lo equitativo es mejor que lo justo, pero Bolognetus entiende que esa superioridad sólo está referida a cierta clase de justo.<sup>108</sup> Evidentemente Bolognetus estima que lo equitativo es mejor que el “derecho estricto”, pues éste no es el derecho real y efectivo al no haber sido adaptado al problema todavía; esto último es lo que realmente interesa al jurista, pues constituye la manifestación plena de la realidad jurídica. Consecuentemente, la equidad no tiene una intervención marginal destinada sólo a rellenar lagunas, sino que estará presente en casi todo razonamiento jurídico.

En esa línea, este autor mantiene que el derecho natural no admite la intervención de la equidad, pues en él no hay nada que corregir y mejorar para adecuarlo a un supuesto de hecho concreto. Sólo es posible aplicar la equidad cuando nos enfrentamos a una ley positiva que se limita a recoger el contenido natural.<sup>109</sup> Tomás de Aquino y algunos integrantes de la jurisprudencia romanista como Bellapertica, Connan o Grégoire habían defendido la mutabilidad de una parte del derecho natural, a la que identificaban con el derecho de gentes, de acuerdo con las demandas de la utilidad comunitaria, necesariamente varia-

<sup>107</sup> “*Dicamus aequum et bonum esse iustum, non quidem per se, neque prout simpliciter iustum est, sed quatenus ea, quae lege praecipuntur, non praeter verisimilem legislatoris mentem, vel dilatando, vel coangustando, moderatur*”. *De lege...*, XXXI, 1, p. 587.

<sup>108</sup> “*Diximus, iustum, quia vere nullum aliud est genus aequi, et boni, quam iustum ut probe explicat Aristot. qui quamvis dixerit, aequum et bonum esse iusto melius, non tamen intellexit, debere illud ad praestantius aliquod genere referri. Neque enim absolute dixit illud esse iusto melius, sed esse melius aliquo iusto*”. *Ibidem*. Sobre estas apreciaciones de Bolognetus, *cfr.* GIANNINI, *L'equità*, cit., pp. 55-56.

<sup>109</sup> *Cfr.* *De lege...*, cap. XXXI, § 9-10, pp. 593-595.

ble.<sup>110</sup> Bolognetus, que polemiza abiertamente con Connan acerca de esta cuestión,<sup>111</sup> parece entender en esta parte de su obra el *ius naturale* como un conjunto de principios inmutables y ajenos a toda alteración circunstancial, acercándose a las posturas un tanto rígidas que sobre la “naturaleza de las cosas” pergeñaba por entonces la Segunda Escolástica. Por cierto que no se entiende muy bien por qué sí es posible interpretar el derecho natural cuando está recogido en una norma legal; tal vez signifique que al estar expuesta de esa forma, es más accesible a las variaciones del mundo humano.

En esa misma línea, Bolognetus niega la posibilidad de aplicar la equidad al derecho consuetudinario. Afirma que no están presentes los dos requisitos para su admisión: no se trata de derecho “legítimo” —es decir, legal— ni es posible averiguar la *mens legis* mediante ningún instrumento ajeno a la propia costumbre.<sup>112</sup> Además las costumbres no pueden adolecer de los “vicios” típicos de la ley: es lógico que resulten demasiado restringidas y sea complicado extenderla a supuestos parecidos, porque precisamente son creadas para solucionar hechos singulares; por otra parte, sólo pueden presentar una redacción que abarca más casos de los que estaban en la intención del legislador cuando son recogidas en una ley escrita y, consecuentemente, dejan de ser costumbres propiamente dichas.<sup>113</sup> Una de las ideas que parece estar detrás de estas reflexiones es la visión de la costumbre como un derecho vivo, que nace directamente de los propios hechos sociales y va evolucionando inmediatamente conforme cambian esos mismos hechos; la ley, en cambio, supone cristalizar el derecho en categorías generales que, inevitablemente, suponen cierto distanciamiento de la realidad y necesita una adaptación al caso concreto que no es necesaria en la costumbre porque va implícita en ella.

La presencia ineludible de la cotidianidad hace que la misma equidad requiera una reelaboración constante. Bolognetus indica que, a partir de interpretaciones equitativas, nacen normas jurídicas e incluso ordenamientos enteros. Es el caso del derecho pretorio, que surge precisamente de la corrección del derecho civil según la consideración de la utilidad pública.<sup>114</sup> Con el paso del tiempo fue preciso interpretar esas normas pretorias según las exigencias del *bonum et*

<sup>110</sup> Sobre esta mentalidad ante el *ius naturale* vid. los estudios de CARPINTERO, “Historia y justicia según los juristas de formación prudencial”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* IX (1992) y “Nuestros prejuicios sobre el llamado derecho natural”, en *Persona y derecho* 27 (1992), ambos, *per totum*.

<sup>111</sup> *Cfr.* el § 11 del cap. XXXI.

<sup>112</sup> *Cfr.* *De lege*..., cap. XXXI, § 18, p. 599.

<sup>113</sup> “*Ad eadem ratione nec consuetudo locum dabit aequitati. Nam quod nimis restricta sit, saepissime quidem continget, sed non erit hoc consuetudinis vitium, quae ad singularia tantum facta dirigitur, priusque illa speciatim decidit atque exequitur, quam in universum aliquid decernat. Quod autem nimis pateat, aut nimis generaliter aliquid statuat, quod restrictionem mox desideret, hoc contingere nullo modo potest, nisi proponas consuetudinem aliquam, qua in scriptura redacta fuerit, ut radactae fuerunt consuetudines feudorum*”. *De lege*..., cap. XXXI, § 19, p. 601.

<sup>114</sup> “*Constat ius praetorium ab aequitate quasi radicibus pullulasse, ut docet Papinianus in l. ius autem, ff. de iust. et iure cum dicit illud adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter publicam utilitatem a praetoribus fuisse introductum*”. *De lege*, cap. XXXI, § 21, p. 603. Observemos otra vez la presencia del ejemplo recurrente proporcionado por el derecho pretorio.

*aequum*.<sup>115</sup> Y la misma razón movió a “nuestros intérpretes” a explicar las normas ejercitando la equidad; la importancia de esa labor ha sido tal que ha llegado a adquirir fuerza de ley e incluso a necesitar una intervención de la *aequitas*.<sup>116</sup>

La equidad, como hemos visto, supone una reflexión *práctica* sobre un texto legal, pero no permite desviarse de esa ley, o al menos de su finalidad. Bolognetus deja claro que la equidad difiere de la abrogación, la corrección y la dispensa de la ley. La dispensa, por ejemplo, “no es interpretar desde lo bueno y equitativo, sino hacer una excepción entre los súbditos y conceder a alguien licencia o facultad [para permitir el incumplimiento], sin la cual la ley sería dañosa”.<sup>117</sup> La equidad desempeña una función muy destacada en el establecimiento de la “cosa justa”, pero no concede al jurista potestad legislativa, ya que está obligado a cumplir la ley, que sería derecho sin concretar; de ahí que la abrogación sea cosa diferente de la aplicación equitativa de la norma legal.

A pesar de que los representantes del derecho común siempre tuvieron muy en cuenta la norma legal a la hora de establecer sus decisiones,<sup>118</sup> esto no les llevó a defender un normativismo férreo como el propugnando por los positivistas decimonónicos. Tengamos en cuenta que los juristas bajomedievales y humanistas admitieron “fuentes del derecho” distintas a la ley política: el derecho natural, la costumbre, etcétera. La ley no proporciona, por tanto, el único criterio para establecer la solución justa. Por otra parte, esto habría sido imposible pues a lo largo de la Edad Media no existió un poder político centralizado fuerte que pudiera llevar a cabo la absorción de toda la actividad jurídica.<sup>119</sup> De esa mentalidad participa Bolognetus, aunque las cosas estén cambiando ya. Además, las referencias a la ley no dejan de ser peculiares, pues en muchas ocasiones remiten a los preceptos del derecho romano, cuyo legislador estaba ya muy lejos, incluso para los primeros glosadores. En consecuencia, el legislador resultaba ser una cómoda cobertura formal para la creación jurisprudencial del derecho y bajo la cómoda etiqueta de la *mens legis* podían camuflarse consideraciones prácticas, ajenas al legislador, y que el jurista introducía para defender algún interés jurídico de aparición novedosa.<sup>120</sup>

<sup>115</sup> “*Quare postea Ulpiani opera fuit necessaria, qui Edicta praetoria ex aequo et bono interpretur*”. *Ibidem*.

<sup>116</sup> *Loc. cit.*, p. 604.

<sup>117</sup> “*Dispensare enim non est ex aequo et bono interpretari, sed a lege excipere quempiam ex subditis, cique licentiam et facultatem concedere, sine qua legi esset obnoxius*”. *De lege*..., cap. XXXII, 22, p. 604. Un ejemplo que cita Bolognetus es el permiso para comer carne los días en que la iglesia prohíbe hacerlo. Cita la autoridad de Tomás de Aquino y de Domingo de Soto para reforzar su opinión.

<sup>118</sup> Desde los primeros momentos, el *ius commune* tuvo siempre como punto de partida la norma legal en la forma dada por la Compilación justiniana. *Cfr.* PIANO MORTARI, “Lineamenti della dogmatica giuridica medievale”, en *Dogmatica e interpretazione*, *cit.*, p. 28.

<sup>119</sup> *Cfr.* GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, *cit.*, pp. 41 y ss.

<sup>120</sup> S. STRÖMHOLM ha escrito que “*there is, of course, no reason to be astonished at the fact that policy considerations and social needs are referred to under two traditional concepts: on the one hand, the rational will of the omnipotent lawgiver and, on the other, equity. Given the manner in which the legislator is described – impersonal, omniscient and benevolent – it is obvious that most rational and enlightened evaluations and arguments can easily be found and legitimated in the fold of his imperial robes*”. “*Arts interpretandi. Early Modern Theories of Interpretation*”, en *Fi-*

Así comprobamos cómo Bolognetus contempla el derecho desde dos planos diferentes, tal y como indiqué páginas atrás. La ley resulta ser tan necesaria como insuficiente. No agota toda la realidad jurídica, porque debe tener en cuenta la existencia de bienes sociales previos a la actividad legislativa —lo que los medievales llamaban *aequitas rudis*— y, sobre todo, debe ser puesta en contacto con las peculiaridades del caso que se ha de enjuiciar. Sólo en este momento alcanza el derecho su existencia plena.<sup>121</sup>

La mentalidad *práctica* de Bolognetus será mejor entendida si la comparamos con las explicaciones que acerca de estos asuntos ofrece Francisco Suárez. Aunque esté lejos de mantener una actitud revolucionaria, ofrece matizaciones significativas, indicios de la llegada de una nueva época. El comienza distinguiendo entre la “interpretación de la ley” y la epiqueya o equidad, pues la primera es un concepto mucho más amplio que el de *aequitas*.<sup>122</sup> Gracias a esta última comprendemos que la ley, a causa de su universalidad, puede fallar en algún caso particular en el que su cumplimiento supondría una injusticia.<sup>123</sup> A pesar de la apariencia tradicional y de la cita del libro V de la *Ética a Nicómaco*, la postura de Suárez es notablemente diferente a la de Bolognetus. Ya no se trata de adaptar la regla general al caso concreto, sino de discernir los supuestos particulares en los que la “razón de la ley” cesa. Lo que a Suárez preocupa es la vigencia de la ley, no su interpretación en el sentido romanista. El identifica el derecho con la ley y las facultades que ésta concede; consecuentemente, no acepta la postura de los doctores del *ius commune*, para quienes las leyes contienen el derecho “en potencia” que debe fraguarse de acuerdo con las circunstancias del caso. Desde la perspectiva de Suárez, el derecho ya está plasmado en la norma y sólo es necesario saber cuando se impone a una realidad amorfa.<sup>124</sup>

*ve essays in Historical Jurisprudence. Actae Academiae Regiae Scientiarum Upsaliensis* (Stockholm Almqvist & Wicksell International 1989) 72. Estas reflexiones han sido escritas al hilo de la obra de Hughes Doneau, pero creo que son aplicables a Bolognetus.

<sup>121</sup> A. Kaufmann parece explicar una visión parecida de lo jurídico cuando escribe que “*das positive Gesetz ist daher weder völlig abstrakt noch völlig konkret. [...] Gewiss ist der Richter unter allen Umständen an das (gültige) Gesetz gebunden, dessen Rahmen er niemals überschreiten darf. Aber das Gesetz ist in keinen Fall schon die allein ausreichende Quelle für die richterliche Entscheidung, vielmehr entspringt diese immer auch und gleich wesentlich der ‘Natur der Sache’ oder wie Marcic es in aristotelischer manier ausdrück: der sachbestimmten Mitte der konkreten Situation. [...] Rechtsprechung ist daher nicht in Ausnahmefällen, sondern immer eine schöpferische leistung und niemals blosse Gesetzesanwendung*”. “Gesetz und Recht”, en *Rechtsphilosophie im Wandel*, HEYMANS, Carl (Köln/Berlin/Bonn/München 1984) 155 y 157.

<sup>122</sup> “*Oportet distinguere inter legis interpretationem et propriam epitiā seu aequitatem: multo enim latius patet interpretatio legis, quam epitiā, comparatur enim tanquam superius et inferius: omnis enim epitiā est legis interpretatio; non vero e converso omnis interpretatio legis est epitiā*”. SUÁREZ, F. *De legibus ac Deo legislatore. Tratado de Las Leyes y de Dios Legislador en diez libros* (Madrid Instituto de Estudios Políticos ed. bilingüe de J. R. Eguillor 1967-1968), lib. II, cap. XVI, 4, p. 174.

<sup>123</sup> “*Per quam [la equidad] interpretamur, legem deficere in aliquo particulari propter universale, id est, quia lex universaliter lata est, et in aliquo particulari ita deficit, ut iuste in illo servari non posse*”. *Ibidem*.

<sup>124</sup> En el capítulo VII del libro VI de la obra citada, se pregunta cuándo tiene lugar la *excusatio* de la razón de la ley por razón de equidad. la discusión gira en torno a la aplicabilidad de la ley a un supuesto concreto: “*In hoc capite explicandum est, quid sit necessarium, ut obligatio generalis legis in particulari casu cesset*” (p. 655). Suárez estima que es preciso que la ley cese de una manera contraria, es decir que la observancia de la ley en un caso determinado sea manifiestamente in-

De todas formas, no hay que exagerar las tendencias novedosas de Suárez. Los cinco primeros capítulos del libro VI de su tratado *De legibus* están dedicados a la interpretación de la ley, y las apreciaciones que plasma en ellos discurren por vías bastante tradicionales: hay referencias a la interpretación de las palabras de la ley, de la intención del legislador, y de las posibilidades de ampliar lo dispuesto en la ley a supuestos no comprendidos en ella. Sin embargo, el enunciado del libro VI (*De interpretatione, cessatione et mutatione humanarum legum*) indica un cambio importante respecto de la tradición interior: el objeto de estudio no es ya la *interpretatio iuris*, sino la *interpretatio legis*. En esa línea, Suárez indica, por ejemplo, que no se trata de enmendar lo que está ambiguo en la norma, sino inquirir su auténtico sentido.<sup>125</sup> Es cierto que Bolognetus también ha descrito los procedimientos necesarios para la *interpretatio legis*, pero en él destaca con claridad que no es sino un elemento más para hallar el *iustum*, una realidad distinta de la ley. En cambio, la intención de Suárez parece estar más dirigida a aclarar la ley que a procurar su interacción con los hechos, pues estima que basta conocer la ley para establecer el derecho sin más problemas. Es una posición doctrinal asumida muy conscientemente, porque Suárez conoce la obra de Bolognetus —lo cita en otras ocasiones— pero rechaza totalmente sus reflexiones sobre la equidad. Y es que, como señalé párrafos atrás, los monarcas europeos están cambiando su actitud ante el derecho e intentan asumir ámbitos gradualmente crecientes de poder creador en el ámbito de la realidad jurídica. No tienen un éxito grande por los años en los que vive Bolognetus, pero las páginas de un autor contemporáneo como Suárez muestran las líneas que seguirá el pensamiento jurídico en los siglos sucesivos.

## B. Los intérpretes de la equidad

---

Bolognetti no sólo se preocupa por explicar en qué consiste la equidad, sino también por aclarar quién es el legitimado para llevar a cabo la interpretación equitativa. Es una cuestión crucial porque su solución implica repartir los papeles para la creación del derecho.

Como todo romanista, tiene presentes las dos *constitutiones* en las que el emperador Constantino se pronunció sobre el problema. Por un lado, en la *lex placuit* (*Codex*, 3, 1, 8) ordenaba atender más a la equidad y la justicia que al

justa o resulte especialmente difícil y gravosa. *Vid. op. cit.*, lib. VI, cap. VII, pp. 655 y ss. Desde luego, este teólogo no olvida las circunstancias para establecer la interpretación equitativa (lib. III, cap. VII, 12, p. 659, entre otras), pero es importante captar el matiz de estas páginas: lo que se discute es la aplicación o inaplicación de la ley sin que quepa un término medio. El derecho es lo que la ley dice y no cabe transformarlo de acuerdo con el caso. F. D'Agostino explica que la epiqueya, entendida como *interpretación*, no tiene sentido desde un punto de vista voluntarista. Desde ese punto de vista sólo cabe la interpretación auténtica y la dispensa, ya que la racionalidad de la ley no es ya importante, sino la presencia del mandato. *Cfr. La tradizione dell'Epieikeia... cit.*, p. 159. Es lógico que Suárez adopte esta postura, porque en él hallamos rasgos voluntaristas. De todas formas, la postura de Suárez respecto a la oposición entre intelectualismo y voluntarismo es extremadamente compleja, por lo que resulta difícil decir exactamente qué opción toma finalmente.

<sup>125</sup> *Cfr. op. cit.*, lib. II, cap. XVI, 4, p. 174.

derecho estricto; esto parecía indicar que todo intérprete podía apartarse de lo dispuesto en la ley si le parecía que contravenía la equidad del caso concreto. Frente a esta disposición, la posterior *lex inter aequitatem* (*Codex*, I, 14, 1) limitaba la consideración equitativa del caso exclusivamente al príncipe legislador.

Desde los primeros tiempos del *ius commune*, encontramos preocupación sobre esta materia. Según la tradición, entre los primeros glosadores hubo dos respuestas a esta cuestión. Desde un punto de vista, Martino y sus seguidores afirmaron la superioridad de la equidad sobre la ley. Ellos no querían dejar inaplicada la ley para dar entrada a la opinión personal del jurista acerca del caso controvertido —como si fueran defensores de la Escuela de derecho libre— sino tener la suficiente libertad para emplear una ley diferente del *corpus* que, gracias a la analogía, podía ser traída al asunto discutido. Frente a esta posibilidad, Búlgaro y su escuela mantuvieron que sólo era posible una interpretación equitativa dentro de las posibilidades ofrecidas por la misma ley, atendiendo a la equidad ya contenida en la norma legal que se quiere interpretar.<sup>126</sup> En ambos casos, es negada al jurista la posibilidad de una *completa* labor creadora, ya que la equidad siempre debe ser hallada en las normas y principios establecidos en el derecho romano.

De ahí que la solución a la contradicción constantiniana proceda de la discriminación de diferentes clases de interpretación. De ese modo, indicaron que la ley *placuit* se refería al juez que había de decidir ante un caso concreto; en tal caso debía atender más a la equidad que al derecho estricto, es decir, estaba obligado a satisfacer los intereses principales que estaban en juego sin verse excesivamente constreñido por el tenor literal de la ley, aunque esa decisión judicial sólo tenía fuerza vinculante para ese asunto. En cambio, la *lex inter aequitatem* estaba destinada a la interpretación realizada por el emperador y ésa sí tenía un carácter general. Efectivamente, el legislador sí podía modificar el tenor de la ley en un sentido determinado según las exigencias de la *aequitas rudis* (recordemos que ésta era anterior a la legislación); tal mutación obligaba a todos los súbditos —jueces y doctores del *ius commune* incluidos. Se trataba de una interpretación que, realmente, era una forma de legislar.<sup>127</sup>

En ese sentido parecen moverse las apreciaciones de Bolognetus, pues escribe que la ley *placuit* está destinada a la interpretación que efectúan los jueces, mientras que la *inter aequitatem* se dirige a los casos en los que no sólo son inciertas las palabras de la ley, sino que su propia intención también lo es; en esos supuestos no le es posible al jurista captar cuál es la finalidad pretendida por la norma y, en consecuencia, no puede saber cuál es el interés que el derecho hace prevalecer en ese caso típico. Cuando ocurre tal cosa debe intervenir el príncipe, ya que esta interpretación va más allá de la determinación de la “cosa justa” en

<sup>126</sup> Cortese ha estudiado estas dos tendencias en *La norma giuridica*, vol. II, *cit.*, pp. 328-333. Sobre Martino señala que “*non ammettesse mai l'efficacia di regole obiettive metagiuridiche (aequitas rudis determinata solo eticamente in sede giudiziale)*” (p. 328). Más adelante indica que la escuela de Búlgaro defendió que la única equidad que podía prevalecer sobre el tenor de la ley “*e solo quelle esplicitamente e direttamente assorbita in una manifestazione volitiva del legislatore*” (p. 333). Carpintero también ha señalado la existencia de estas dos visiones de la función de la equidad. *Cfr. En torno al método de los juristas medievales, cit.*, pp. 639-642.

<sup>127</sup> *Vid. CORTESE, La norma giuridica*, vol. II, *cit.*, pp. 338 y 364. En la misma línea se expresa Piano Mortari, en sus *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione...*, *cit.*

el problema concreto, y Bolognetus parece pensar —aunque no lo diga expresamente— que afecta a cuestiones de interés general para la comunidad.<sup>128</sup> Indica que esta explicación ha sido defendida por autores como Santo Tomás y François Connan y la considera “suficientemente probable”.<sup>129</sup> Sin embargo, le parece que aún es necesario puntualizar algo más.

Como ya he señalado en varias ocasiones, Bolognetus reconoce la imposibilidad de recopilar todas las soluciones en las leyes y la necesidad de la determinación judicial del derecho concreto, mediante una *interpretatio*. Sin embargo, esto no suele ser suficiente, ya que el juez necesita en bastantes ocasiones una “interpretación general” de la ley que no está dirigida a su aplicación inmediata, sino a un mejor conocimiento del instrumento legislativo que clarifique su contenido. El cree que, en numerosos casos, los jueces carecen de la pericia o del tiempo precisos para llevar a cabo esa labor y por eso recurren a las interpretaciones ya realizadas por jurisconsultos prestigiosos que alcanzan una difusión amplísima y llegan a adquirir fuerza de ley.<sup>130</sup> Esa situación podría crear problemas, pues sólo al príncipe corresponde la potestad de reformar las leyes y para evitar la posible usurpación, Constantino dictó la ley *inter aequitatem*, por la cual sólo a él correspondía la “interpretación general”.<sup>131</sup> Una consecuencia de esa decisión imperial, piensa Bolognetus, fue la “ley de citas” del Augusto Teodosio mediante la cual se limitaban el número de juristas que podían ser citados para realizar la interpretación general: su autoridad provenía del emperador.<sup>132</sup> Bolognetus piensa que las leyes sirven para organizar y regular las relaciones sociales y son directrices generales a partir de las que los ciudadanos extraen criterios de comportamiento relativamente seguros. Debido a que esto interesa a la comunidad en su conjunto, él, y toda la jurisprudencia romanista, pensaban que la legislación era competencia del poder político, cuya función era procurar el bien de la sociedad.

#### IV. UNA BREVE CONCLUSIÓN

Bolognetus es, en buena medida, un continuador de las doctrinas jurídicas bajomedievales y su obra puede servirnos para conocer los presupuestos filosófi-

<sup>128</sup> “*Ex his omnibus, quae ad huius quaestionis explicationem tradata sunt, optime illud etiam intelligimus qua ratione simul conciliari possint duae illae leges Constant. quarum altera aequitatis usum iudici concedit, et habetur in l. placuit, C. de iudic. altera vero quae habetur in l. C. de ll. non alii quam principi permittit, ut ex aequo et bono leges interpretari possit. Dicemus ergo, tunc demum soli principi interpretationem reservari, cum non modo verba legis dubia sunt, sed et voluntas incerta. Cum enim legis voluntate aequitas potissimum intuetur ac propterea ibi aequitatis locus esse non possit ubi voluntas incerta sit, nihil aliud reliquum est, nisi ut Princeps aedeatur*”. De lege..., cap. XXXV, § 1, p. 657.

<sup>129</sup> *Loc. cit.*, p. 658.

<sup>130</sup> De lege..., cap. XXXV, § 4-6, pp. 660-662.

<sup>131</sup> De lege..., cap. XXXV, § 8, pp. 663-664.

<sup>132</sup> “*Interpretationes ergo ac responsa iurisconsultorum ita demum generalis legis auctoritatem obtinebant, si vel expressim ab imperatoribus fuissent confirmatae, vel permittentibus ipsis in iudiciorum mores et consuetudines esse introductae*”. De lege..., cap. XXXV, § 7, pp. 661-662.

cos que estaban detrás de la copiosa *iurisprudencia* romanista. Pero resulta innegable que es, también, un hombre de su tiempo y esa circunstancia representa un papel destacado en la teorización sobre las relaciones entre la ley y el derecho. por eso, es razonable afirmar que Bolognetus ocupa una posición internada entre la Edad Media y la modernidad jurídica. Esta última se caracteriza —entre otras cosas— por exigir la existencia de una entidad política —el Estado— que absorbe la totalidad de la producción jurídica; en consecuencia, todo el derecho se reduce a leyes y la labor del jurista se reduce a aplicar mecánicamente la ley general.

Bolognetus no se decanta por esta visión de la realidad jurídica, pero concede a la ley más importancia que la prestada por los juristas medievales, centrados en el *ius*. Desde luego, tampoco debemos exagerar la trascendencia de sus declaraciones, porque su teoría está amparada en la doctrina sobre la ley expuesta por Tomás de Aquino. Recordemos que el Aquinate afirmaba que se debía juzgar, en la medida de lo posible, según las leyes,<sup>133</sup> aunque, como hemos visto, esto no suponía afirmar que todo el derecho estaba contenido en la ley. Por lo demás, los representantes bajomedievales del *ius commune* partían en su labor de unos textos de carácter normativo, que representaban el mismo papel que la ley en el pensamiento de Bolognetus.

Parece razonable afirmar que este autor abre las puertas a una filosofía jurídica alternativa a la triunfante en la Edad Moderna, abiertamente estatalista. Bolognetus escribe para una Europa en la cual las monarquías y la ley están adquiriendo cada vez más importancia y no quiere obviar esta realidad; tampoco desea dejar a un lado la tradición prudencial —como sí hizo Francisco Suárez— y ofrece la posibilidad de una teoría jurídica basada en la ley, pero también preocupada por la contingencia de los asuntos humanos. Una propuesta que, ciertamente, no fue tenida demasiado en cuenta.

<sup>133</sup> Cfr. *Summa Theologica...*, cit., I-II, q. 95, a.1, *ad secundum*.