

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

***IUS ROMANUM PRAGMATICUM VERSUS AEQUITAS
ROMANA: UNA VERSIÓN ANTICIPADA DEL BINOMIO
EFICIENCIA - EQUIDAD, EMBLEMA DEL ANÁLISIS
ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)***

***IUS ROMANUM PRAGMATICUM VERSUS AEQUITAS
ROMANA: AN EARLY VERSION OF BINOMIO
EFFICIENCY / EQUITY, BANNER OF ECONOMIC ANALYSIS
OF LAW (AED)***

Rafael Bernad

Catedrático de Derecho Romano y Derecho Civil
Universidad Católica Andrés Bello de Caracas (Venezuela)

Director del Grado de Derecho
Universidad San Jorge de Zaragoza (España)

rbernad@ucab.edu.ve

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO; II. EL PRAGMATISMO DEL DERECHO ROMANO; III. LA AEQUITAS EN ROMA: III.1. A MODO DE APROXIMACION; III.2. LA AEQUITAS EN EL DERECHO ROMANO: III.2.1. INTRODUCCION; III.2.2. EL IUS PRAETORIUM COMO CORRECTIVO DEL IUS CIVILE Y LA INCIDENCIA DE LA AEQUITAS; III.2.3. LA AEQUITAS EN EL DERECHO ROMANO CLASICO Y POSCLASICO; IV. IUSTITIA Y DERECHO ROMANO: SINTESIS ENTRE IUS PRAGMATICUM Y AEQUITAS. IV.1. INTRODUCCION; IV.2. ATISBOS DE CONEXIÓN, MUTATIS MUTANDIS, ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO (AED): IV.2.1. A MODO DE PREAMBULO; IV.2.2. EL DERECHO ROMANO, UN EJEMPLO DE EQUILIBRIO ENTRE EFICIENCIA Y EQUIDAD; V. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

I. PLANTEAMIENTO

Dentro de lo que representa el concepto y significado del Derecho romano, nos vamos a detener en algunos aspectos dignos de consideración que nos pueden ayudar a comprender las razones por las cuales el ordenamiento jurídico de la civilización romana, lejos de configurarse como una pieza museística destinada a la delectación y arrobo de los nostálgicos, emerge como ejemplo de regulación y se presenta en nuestros días como un referente inexcusable plenamente vivo, que no vigente¹, como lo demuestra el hecho de que, tras casi treinta siglos desde su aparición, continúa ejerciendo su

¹ FALCONE, G. *Iuris precepta, vera philosophia, iuris prudentia*. SDHI nº 73. 2007, pág. 354.

magisterio y se erige en uno de los signos identificadores de la civilización occidental², junto a la filosofía griega y a la religión judeo-cristiana.

Muchas son las notas que han venido a caracterizar el Derecho romano, hasta el punto de configurarse como un ordenamiento sin igual, netamente diferenciado de otros sistemas jurídicos a lo largo de la historia³. Entre estas singularidades realizaremos una enumeración, no cerrada, ni mucho menos acabada, pero que, sin duda, entendemos bien significativa, con la idea de poner en valor sus rasgos identitarios más ilustrativos, representativos y reveladores.

En efecto, comenzaremos resaltando el originario arcaísmo y su excesivo formalismo inicial⁴, preñado de simbolismo⁵ y religiosidad⁶, al principio de tinte pagano⁷, y

² CRISTOBAL MONTES, A. *Prólogo*, en BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho Privado Romano*. Publicaciones UCAB. Caracas. 2006, pág. 18.

³ BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho privado romano*. Publicaciones UCAB. Caracas. 2006, págs. 26, 27.

⁴ DAZA MARTINEZ, J. *Iniciación al estudio histórico del Derecho Romano*. 4ªed. Universidad Complutense. Madrid. 2002, págs. 56, 57.

⁵ KASER, M. *Derecho Romano Privado*. 5ª ed. (trad. Santa Cruz Teijeiro). Reus. Madrid. 1982, pág. 39.

⁶ DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Introducción histórica al derecho romano*. 10ª ed. Publicaciones Universidad de Deusto. Universidad de Deusto. Bilbao. 2015, pág. 39.

cristiano con posterioridad⁸. Relacionado con el formalismo del Derecho romano⁹, traemos a colación el principio de la *fides*, uno de los más importantes, desarrollado en Roma con mayor vigor que entre otros pueblos, y concebido en el sentido de fidelidad a la palabra dada¹⁰. Fue tal el arraigo e influjo de este principio, que su presencia contribuyó en el lento y sucesivo proceso de simplificación de las instituciones jurídicas romanas¹¹.

La sociedad romana hizo gala de las relaciones basadas en la fidelidad (patrono-cliente, patrono-liberto, personas unidas por relación de hospitalidad, incluso entre amigos), hasta el punto de que la ruptura de este vínculo se consideró socialmente una infracción muy grave del comportamiento debido. Precisamente por ello, el Derecho romano superó con

⁷ Una referencia a la influencia de la religión en el Derecho romano, IHERING, R.V. *El espíritu del Derecho Romano*. Marcial Pons, Madrid. 1997, págs. 95 y ss.

⁸ Sobre las primeras manifestaciones de la influencia de la Iglesia en la concepción y organización del poder político imperial, así como en la época del Dominado y del Derecho Romano posclásico, DAZA MARTINEZ, J. *Op. Cit.* 2002, págs. 138-140, 172 y ss., 178-180.

⁹ Un formalismo que permite hablar de la "*plástica del derecho*", por sus inmutables formas, en IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1997, págs. 118, 213 y ss.

¹⁰ Ver en este sentido, DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, págs. 39, 40, 94, 95, 169, 170; SCHULTZ, F. *Principios del Derecho romano*. 2ª ed. Civitas. Madrid. 2000, págs. 251 y ss.

prontitud su arcaico formalismo, puesto que los actos jurídicos serían vinculantes, no sólo por haber observado a cabalidad un rito prescrito por la costumbre o la ley, sino también por la fuerza emanada de la recíproca voluntad, clara, deliberada y libremente manifestada entre dos personas, consistente en la observancia de una conducta determinada (*dare, facere, praestare*)¹².

Subrayamos también otra nota propia del Derecho romano, cual es la simplicidad elemental¹³ y la espontaneidad¹⁴ de las soluciones adoptadas en su seno¹⁵, expresión inequívoca de economía jurídica¹⁶, lejos de una aparatosidad y abstracción artificiosas¹⁷, siempre bajo el espíritu del sentido común y de la razón, aderezados ambos con una virtuosa sencillez y claridad¹⁸

¹¹ SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág. 99.

¹² D. 44, 7, 13.

¹³ IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1997, págs. 286 y ss.

¹⁴ IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1997, pág. 121.

¹⁵ Ya la legendaria ley de las XII Tablas constituiría un arquetipo de esquematización del ordenamiento jurídico, lo que se enfatiza más si cabe cuando, en su mayor parte, el derecho no se encontraba recogido por escrito, según señala KUNKEL, W. *Historia del Derecho Romano*. Ariel Derecho. Barcelona. 1985, pág. 34.

¹⁶ IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1997, págs. 299 y ss.

¹⁷ SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 62 y 65; IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1997, págs. 183 y ss.

¹⁸ SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 89-91, 102.

en detrimento con ello de la legislación profusa¹⁹ y abigarrada, sobre todo en los primeros tiempos del *Ius quiritarium*²⁰. En suma, un ordenamiento jurídico no estructurado ni sistemático²¹, fundado en la intuición, más que en razonamientos lógicos deductivos o inductivos²², dada la extraordinaria sensibilidad jurídica de los romanos²³, impregnada singularmente de una marcada pasión ciudadana hacia el derecho.

¹⁹ El gusto romano por lo conciso se expresa en el rechazo a las mezcolanzas y los compromisos híbridos, SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág. 95. Ello nos permite explicar por qué el ordenamiento jurídico romano, con escasez de normas jurídicas legisladas, recurre a la *aequitas* como principio de interpretación jurídica, aproximándose en este cometido al principio de la *bona fides*. Al respecto, DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 171.

²⁰ KUNKEL, W. *Op. Cit.* 1985, pág. 40.

²¹ A pesar de tal carencia de sistematicidad, las XII Tablas observan un orden en función de la importancia de las instituciones en la vida de Roma (proceso, familia, sucesión, bienes, penas y castigos, derecho público). Sin embargo, en las *Institutiones* de Gayo se introduce un sistema basado en principios sociológicos con fines didácticos. Sobre el particular, KASER, M. *Op. Cit.* 1982, pág. 23.

²² DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 173.

²³ IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1997, pág. 103.

Así mismo, destacamos el sobresaliente casuismo²⁴ propio del Derecho romano, expresado en la necesidad de encontrar respuestas concretas a los problemas a medida que surgen²⁵, evitando tanto el recurso a las formulaciones abstractas en las normas jurídicas, como la elaboración de conceptos generales en estas²⁶. Ello nos lleva a resaltar la importancia del método tópico²⁷ empleado por los juristas clásicos al abordar el estudio, exposición y hallazgo de soluciones respecto de los problemas jurídicos planteados: así es, los oradores retóricos eligen el método más adecuado para resolver cada uno de los problemas en particular y, a tal fin, recurren al tópico²⁸, esto es, una serie de premisas utilizadas para resolver problemas concretos que, lejos de contar con una pretendida validez universal, sirven más bien de orientación en buena parte de los casos, no en todos, y proponen una confrontación dialéctica entre diversos principios opuestos -tópicos-, que serán invocados, a la sazón, por cada una de las partes que sostienen un conflicto.

²⁴ GARCIA GARRIDO, M.J. *Derecho Privado Romano. Casos, Acciones, Instituciones*. 7ª ed. Dykinson. Madrid. 1998, págs. 79 y ss., 111 y ss.; SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág. 61.

²⁵ KASER, M. *Op. Cit.* 1982, pág. 18.

²⁶ SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 69, 70, 72, 73.

²⁷ DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, págs. 172, 173.

²⁸ GARCIA GUAL, C. *Historia de la filosofía antigua*. Trotta. Madrid. 2013, págs. 231 y ss.

También añadiremos como signo identificador del Derecho romano la evidente influencia de los valores extrajurídicos en la base de muchas instituciones jurídicas²⁹, cuyo preponderante componente ético y social no supondrá, en modo alguno, una quiebra en la identidad, principios³⁰ e intereses imperantes en la sociedad romana, a pesar de haber permitido por su través incorporar un destacado tinte práctico al ingrediente teórico de sus mismos principios (*fides*³¹, *bona fides*³², *humanitas*³³, *libertas*³⁴, *aequitas*, *utilitas*, *officium*, *pietas*,

²⁹ DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 169.

³⁰ IGLESIAS, J. *Roma: claves históricas*. Universidad Complutense. Madrid. 1985, págs. 33 y ss.; *El espíritu del Derecho Romano*. Universidad Complutense. Madrid. 1984, págs. 42 y ss.; SALGADO, J. *Principios básicos e informadores de la Política y del Derecho en Roma*. Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias, III. Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvarez. Universidad Complutense. Madrid. 1988, págs. 1627 y ss.

³¹ SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 243, 244.

³² La *bona fides* se convierte en base de derechos y obligaciones, un criterio para determinar su alcance y contenido, contribuyendo con ello a enriquecer el contenido y el espíritu del derecho romano al acomodarlo a las nuevas circunstancias. Constituye una manifestación del principio de fidelidad y se concibe como expresión de honradez social, que obliga a mantener la palabra dada y a actuar honradamente con sentido común, tomando en cuenta la referencia del comportamiento de las personas decentes dentro de un ambiente concreto considerado de actuación (región, profesión, rama comercial, etc.).

virtus, iustitia, felicitas, gravitas, honos, auctoritas, etc.), y todo ello no obstante que la jurisprudencia, por lo general, llegara a excluir de su campo de estudio y atención este elenco de normas extrajurídicas, junto al de los vínculos jurídicos que de ellas emanaban³⁵.

Incluso podemos destacar a su vez el nacionalismo propio del Derecho romano, al ser este un ordenamiento jurídico privativo de los ciudadanos romanos³⁶, por lo menos durante más de diez siglos desde la fundación de Roma hasta el acto de gobierno consistente en la concesión de la ciudadanía romana por parte del emperador Caracalla a todos los habitantes del

En este sentido, BIONDI, B. *Equità e bona fede*. Scritti Giuridici I. Milano. 1965, págs. 93-98; DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, págs. 106, 171; SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 247, 248, 251 y ss.

Una visión de la *fides* como claro reflejo de credibilidad y fiabilidad, con independencia del derecho, en HEINZE, R. *Fides. Vom Geist des Römertums*. Darmstadt. 1972, pág. 66.

³³ SCHADEWALDT, W. *Humanitas Romana*. ANRW I.4, págs. 43-62; SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 211-214.

³⁴ De hecho, la *civitas* se reputa como una comunidad autónoma de hombres libres. Al respecto, DAZA MARTINEZ, J. *Op. Cit.* 2002, págs. 43-45; SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 163-165; IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1997, págs. 173 y ss.

³⁵ SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 43 y 44.

³⁶ SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 101, 141.

Imperio (212 d.C.)³⁷, acontecimiento considerado de tal enjundia que ha llevado a calificarlo como uno de los motivos decisivos, entre otros, que propiciarían la pérdida del espíritu romano originario de la civilización romana *-romanidad-*, con el consiguiente proceso de vulgarización y decadencia del derecho por lo que al ámbito jurídico se refiere.

No podemos omitir tampoco dentro de los genes más significativos del Derecho de los romanos la defensa apasionada que se esgrime en el ejercicio de la libertad individual³⁸, dado que el poder público restringiría al mínimo su intervención en las relaciones privadas entre los individuos y permitiría actuar en cuanto a lo económico³⁹: así es, existieron escasas limitaciones impuestas a las facultades del propietario⁴⁰,

³⁷ *Constitutio antoniniana* (Edicto de Caracalla. Papiro Giesen 40, col. 1, trad. Jaime Alvar), GARCÍA MORENO, L. et al. *Historia del mundo clásico a través de sus textos*, 2. Roma. Alianza Editorial. Madrid. 1999, pág. 242.

³⁸ IGLESIAS-REDONDO, J. *En torno a la libertas*. Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias, II. Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvarez. Universidad Complutense. Madrid. 1988, págs. 1441 y ss.; SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 169 y ss.

³⁹ DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 169.

⁴⁰ DEL GRANADO, J.J. *La genialidad del Derecho Romano, una perspectiva desde el análisis económico del derecho* (trad. Marzetti, M.). Revista do Ministério Público RS nº 63. Porto Alegre. 2009, págs. 169 y ss., en http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1259071750.pdf (consultado con fecha 9 de junio de 2018).

como lo demuestra el raro uso de la expropiación en Roma⁴¹; además, tanto la libertad contractual como la testamentaria⁴² pasaron a formar parte del acervo jurídico de los romanos, pues “se desea que las normas del derecho dejen libre un amplio espacio”⁴³.

A su vez, podemos destacar, frente al colectivismo marcadamente germánico, el exacerbado individualismo del Derecho romano⁴⁴, si bien siempre matizado y modulado por las exigencias de la comunidad y del interés común, tal como reseña el maestro R.V. Ihering cuando describe el ordenamiento jurídico de los romanos como el derecho del “egoísmo disciplinado”⁴⁵, un egoísmo nacional, objetivo y organizado⁴⁶.

⁴¹ LOZANO Y CORBI, E. *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el derecho romano*. Mira Editores. Zaragoza, 1994.

⁴² SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 178, 179.

⁴³ IHERING, C.R.v. *Geits des römischen Rechts*, videndum SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág. 41.

⁴⁴ DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 169.

⁴⁵ BETANCOURT SERNA, F. *El espíritu del Derecho romano*. Anuario de Historia del Derecho español nº 53, 1983, pág. 559, en <file:///C:/Users/a/AppData/Local/Temp/Dialnet-ElEspirituDelDerechoRomano-134436-1.pdf> (consultado con fecha 10/06/2018).

⁴⁶ IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1997, pág. 106.

Otra nota intrínseca al ordenamiento jurídico romano es el gran respeto que profesa a la tradición⁴⁷, hasta ser tachado de conservador⁴⁸ y defensor del *statu quo*, una tradición representada en las costumbres de los antepasados (“*mores maiorum*”)⁴⁹, cuya adaptación a los nuevos tiempos se efectuaba mediante la creación ingeniosa de excepciones a las reglas generales emanadas de la costumbre para que, con el paso del tiempo, esta llegara a ser desplazada por aquellas, y así poder introducir novedades que reflejaran las tendencias político-sociales⁵⁰ de Roma.

A esta imputación relativa a un talante conservador y estable⁵¹ se une su consideración como el resultado de una periodización⁵² por estratos⁵³ y etapas⁵⁴, una prueba evidente de

⁴⁷ SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág. 107

⁴⁸ SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág. 118.

⁴⁹ DAZA MARTINEZ, J. *Op. Cit.* 2002, pág. 55.

⁵⁰ La ley y los senadoconsultos en Roma, más que renovar el *Ius*, resuelven los problemas políticos e históricos actuales. En este sentido, KASER, M. *Op. Cit.* 1982, pág. 19; KUNKEL, W. *Op. Cit.* 1985, págs. 33, 41.

⁵¹ En torno a la fuerza conservadora del formalismo, IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1997, págs. 131, 223 y 224.

⁵² BERNAL, B. *Los períodos en la historia del Derecho Romano*. Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias, I. Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvarez. Universidad Complutense. Madrid. 1988, págs. 605 y ss.

⁵³ KASER, M. *Op. Cit.* 1982, pág. 16.

⁵⁴ KUNKEL, W. *Op. Cit.* 1985, págs. 90-93; en sentido contrario, SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág. 128.

la existencia de un proceso jurídico de evolución⁵⁵ y estratificación⁵⁶ que, por su cariz sumatorio, en modo alguno resulta excluyente.

Por otro lado, el Derecho romano nos muestra una gran conexión con la jurisprudencia, concebida como el arte de conocer el derecho⁵⁷, religiosa en origen y posteriormente laica⁵⁸, que se convertirá en fuente de producción del derecho por excelencia⁵⁹, y se erigió en el antecedente más remoto de ciencia jurídica⁶⁰ mediante la creación de conceptos, clasificaciones y principios con motivo de la redacción de dictámenes, hasta constituirse en un medio adecuado muy efectivo para explicar y hacer comprender las instituciones jurídicas que integraron el sistema jurídico. Tal fue su incidencia, que el Derecho romano llega a tipificarse como un derecho de juristas⁶¹.

⁵⁵ FALCONE, G. *Iuris praecepta*. 2007, pág. 355.

⁵⁶ RICCOBONO, S. *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*. Mélanges Cornill II. Grand-Paris. 1927, págs. 235-309.

⁵⁷ D. 1, 1, 10, 2.

⁵⁸ En torno a la relación entre la jurisprudencia romana laica y el *ius controversum*, PARICIO, J. *El legado jurídico de Roma*. Marcial Pons. Madrid. 2010, págs. 85-87.

⁵⁹ KUNKEL, W. *Op. Cit.* 1985, págs. 105, 106, 132-134; IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1997, págs. 177 y ss., 252-253.

⁶⁰ DE CHURRUCA. *Op. Cit.* 2015, págs. 103, 104.

⁶¹ KASER, M. *Op. Cit.* 1982, pág. 17.

Por fin, el Derecho romano se nos presenta como un ordenamiento jurídico dotado de gran pragmatismo y realismo⁶², lo que le alejará de grandes construcciones teóricas, y le conducirá a confeccionar todo un sistema jurídico concreto, sencillo, eficaz y ajeno a toda suerte de abstracción o complejidad, en aras de la seguridad jurídica y del anhelo de justicia en el tráfico jurídico del ciudadano medio⁶³. Prueba de este sentido marcadamente práctico del Derecho romano lo atestigua el papel ejercido por la jurisprudencia, pues, no obstante haber admitido y asumido principios teóricos inherentes a la sociedad romana (la *humanitas*, por ejemplo), limitará su aplicación únicamente a las exigencias impuestas por las instituciones vigentes en la sociedad romana: así sucede, por ejemplo, con la esclavitud⁶⁴, puesto que, habida cuenta de la progresiva humanización experimentada por parte de la sociedad romana merced a la notoria influencia del cristianismo y de la filosofía estoica, solamente se producirá su desaparición en la última etapa del Imperio, cuando menos formal y aparentemente.

⁶² DE CHURRUCA. *Op. Cit.* 2015, pág. 171.

⁶³ KUNKEL, W. *Op. Cit.* 1985, pág. 33; SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 259-263.

⁶⁴ BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, págs. 139 y 140; DE CHURRUCA. *Op. Cit.* 2015, pág. 172.

Relacionado con el pragmatismo predicable del Derecho romano, no podemos olvidar que los jurisprudentes republicanos crearían el método dialéctico que luego desarrollaron acertadamente los juristas clásicos⁶⁵, a cuyo fin se imbuyeron de la metodología científica helenística, y la aplicaron al campo jurídico, eso sí, con unos lineamientos claramente delimitados, toda vez que ninguno de los grandes juristas republicanos constituyó el prototipo de un teórico del derecho, pues, al ser en su gran mayoría personajes prominentes de la vida política y de la práctica jurídica, harían gala de una sólida formación helenística en su ejercicio profesional⁶⁶, cónsona, por lo demás, con la instrucción que habitualmente recibían los miembros de la *nobilitas* romana.

Por otra parte, la equidad se presenta como una noción muy ligada, tanto con la filosofía griega *-epikeia-*, cuanto con la retórica, a modo de un valor superior al mismo derecho, y con respecto al derecho romano, como un medio de interpretación e integración jurídicas⁶⁷, atesorando con ello un significado

⁶⁵ DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 106.

⁶⁶ En torno a la conexión entre Roma y la cultura helenística, DAZA MARTINEZ, J. *Op. Cit.* 2002, págs. 76, 77; DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 108.

⁶⁷ CARON, P.G. *"Aequitas" romana, "misericordia" patristica ed "epicheia" aristotelica nella dottrina dell' "aequitas" canonica.* Giuffrè. Milano. 1971, págs. 74 y ss.

diverso, en función de cuál fuera la perspectiva considerada, según tendremos oportunidad de constatar.

A propósito de lo expuesto con anterioridad, podemos entrever un punto de convergencia entre los dos factores subrayados: por un lado, el Derecho romano y su marcado pragmatismo; y, por el otro, el principio-valor de la *aequitas* romana, cuya suma constituye un binomio que se entreteje y retroalimenta conforme a la noción de *iustitia*⁶⁸, toda vez que, para los romanos, el derecho tiende en la realidad cotidiana a la consecución de la *iustitia* y, por tal motivo, será reputado un derecho justo bajo la óptica de la idea de justicia, no tanto considerada una *virtus aeterna inmutabilis* que engloba al resto de las virtudes, sino más bien entendida desde un plano terrenal, el de los hombres, que anhela y persigue el logro del bien común, cuya base se cimenta en torno al desiderátum de una pretendida igualdad entre los hombres. Precisamente, esta visión permitía concebir la *iustitia* de una manera flexible, no encorsetada, ni rígida, sino más bien en función de las necesidades puntuales de cada momento histórico en particular, razón por la cual incumbe al jurista alumbrar, sugerir y proponer sobre el criterio de lo justo y de lo injusto en cada uno de los momentos considerados⁶⁹.

⁶⁸ “*Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*” (D. 1, 1, 10, Ulpiano).

⁶⁹ D. 1, 1, 1, 1.

Así pues, nuestra propuesta trata de poner en evidencia la interesante perspectiva que arroja el Derecho romano a partir de una relación entablada digna de ser tomada en cuenta: por un lado, su exacerbado pragmatismo, apegado a la realidad, ante la necesidad de adaptación frente a las nuevas situaciones suscitadas; por otro, el añadido de la gran importancia que representa el valor extrajurídico de la *aequitas* en la configuración del Derecho romano. Y todo ello con miras a modular su rigurosidad, y a lograr soluciones presididas por la *iustitia*.

A tal fin proponemos, mediante la oportuna labor de engarce, enlazar el binomio integrado por el pragmatismo y la *aequitas* del Derecho romano, con un movimiento jurídico moderno del siglo XX nacido al calor de las universidades norteamericanas en los años sesenta, cual es el análisis económico del derecho (AED)⁷⁰, que se sustenta, por un lado, en la necesidad de contar con normas jurídicas eficientes, como reflejo de un derecho pragmático; y que, además, resulten equitativas, al modo de un anhelado factor corrector que se erija en la expresión de justicia ante al riesgo que conlleva una voraz e implacable política de eficiencia normativa, puesto que, de no

⁷⁰ En torno a la conexión de la noción de *iustitia* y la teoría económica del derecho, TORRENT, A. *¿Justicia sin Estado? ¿Es el Estado un mal innecesario?* Procesos de Mercado IV, 1. 2007, págs. 257 y ss.

ser así, afloran hondas fisuras en el sistema jurídico fruto de la proliferación del dictado de reglas que, por no ser equitativas, resultan ilusorias en el momento de su aplicación práctica.

De ahí que, de conformidad con lo expuesto, avanzamos *hic et nunc* la hipótesis sobre la que gravita el presente análisis: dejando a salvo las distancias propias del tiempo y del lugar considerados, se trata de establecer, a título de equivalencia, una hipotética ligazón entre el valor de la *aequitas* (en el marco de un Derecho romano pragmático, concreto, casuístico, escasamente teórico y nada abstracto), con el binomio de la eficiencia/equidad, eje que vertebra una nueva teoría jurídica surgida al calor del debate universitario norteamericano durante la década de los años 60 del siglo XX, denominada análisis económico del derecho (AED) que, a título de huella genética, defiende, entre otros postulados⁷¹, que cualquier intento de conocer, interpretar y valorar los hechos jurídicos, precisará ineludiblemente del auxilio de la óptica económica, aplicando a tal efecto en el estudio de los más diversos problemas jurídicos, técnicas y principios de corte económico.

II. EL PRAGMATISMO DEL DERECHO ROMANO

⁷¹ ROMERO PEREZ, J.E. *Reflexión en torno al tema de Derecho y Economía. Su encuadre en la corriente institucional y neoinstitucional*. Revista de Ciencias Jurídicas n° 122. Universidad de Costa Rica. 2010, págs. 159 y ss.

Una de las notas más significativas de la jurisprudencia clásica romana es su carácter casuístico, en la medida que se centraba en la resolución de casos a medida que se iban planteando, razón por la cual distaba mucho de ser una jurisprudencia teórica y, más que mostrar reverencia ciega hacia el formalismo, hacía prevalecer la cuestión de fondo del asunto en cuestión, así como se pronunciaba a favor de hacer valer la verdadera voluntad de las partes en detrimento de la literalidad de los términos empleados en el acto jurídico del que se tratara⁷².

Precisamente, este sentido práctico de la jurisprudencia⁷³, a la sazón una de las fuentes más importantes de producción del Derecho romano⁷⁴, permitió estrechar la relación entre el derecho y la vida cotidiana puesto que, merced a las necesidades emanadas de las nuevas contingencias, se requería una labor de adaptación y renovación de las normas ante a las nuevas situaciones. Es ahí donde radica la importancia del

⁷² Un claro ejemplo lo representa la famosa causa curiana con relación a la interpretación de un testamento en el que se suscita la duda entre el tenor literal del documento, o bien la verdadera voluntad del testador extraída del testamento, considerado este como un todo. Al respecto, TORRENT, A. *Interpretación de la "voluntas testatoris" en la jurisprudencia republicana: la causa curiana*. AHDE, XXXIX, 1969, 173 ss.; TURIEL DE CASTRO, G. *De causa curiana*. Salamanca, 1976.

⁷³ D. 1, 1, 10, 2.

⁷⁴ CICERON, M.T. *De officiis* 1, 43, 153.

principio de utilidad en la acción creativa e innovadora del derecho, tal como la llevaron a cabo con maestría los juristas romanos clásicos⁷⁵. Y es que el pragmatismo del Derecho romano se proyecta claramente en la línea de dos vertientes complementarias⁷⁶: por un lado, una visión que nos muestra el fin netamente práctico del derecho, aspecto este que entronca con la noción de *utilitas*; y, por otro, el afán en la consecución de la *iustitia*.

Es cierto que la discusión acerca del concepto de lo útil⁷⁷ había sido abordada ya por los griegos al tratar algunas cuestiones propias de la teoría política⁷⁸, sobre todo al poner en liza este principio en el centro del debate entre lo público y lo privado, su pugna, prevalencia y posible coexistencia, puesto que, en muchas ocasiones, la utilidad del individuo estaba reñida con la del colectivo. Tanto la retórica griega como la latina se dedicaron a desarrollar habitualmente el método

⁷⁵ IGLESIAS, J. *Derecho romano*. 17^a ed. Ariel Derecho. Barcelona. 2008, pág. 37.

⁷⁶ IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1997, págs. 319 y ss.

⁷⁷ En lengua latina, *utile*; en lengua griega, *sympheron*. Al respecto, MARCHILLI, L.A. *Cómo legislar con sabiduría y elocuencia. El arte de legislar reconstruido a partir de la tradición retórica*. Dunken. Buenos Aires. 2009, pág. 383, nota al pie n° 757.

⁷⁸ DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 170.

tópico⁷⁹, que utilizaba conceptos dialécticamente opuestos para estudiar, exponer, explicar y solucionar problemas determinados; así, por ejemplo, la disyuntiva entre lo público y lo privado⁸⁰ daría pie, a través del método tópico, al tratamiento de la noción de lo realmente útil en la vida cotidiana⁸¹ de la antigua *polis* en Grecia y, posteriormente, de la *civitas* romana.

Sin embargo, esta perspectiva apuntada de la *utilitas* dejaría escaso poso en el ámbito de la jurisprudencia clásica romana⁸², puesto que los jurisperitos de la época la concibieron como la oportuna adecuación del Derecho a las necesidades, exigencias y conveniencias de la vida real, lo cual permitiría explicar la aparición de nuevas instituciones jurídicas, o bien la modificación de las ya existentes, pues, en virtud de esta utilidad, se produciría la superación de las *mores maiorum*⁸³: en efecto, lejos de abrogar abruptamente las

⁷⁹ GOURINAT, J. *Diálogo y Dialéctica en los Tópicos y las Refutaciones sofísticas de Aristóteles*. Anuario Filosófico, 35. Pamplona. 2002, págs. 463-495; EVANS CIVIT, J.H. *Introducción y Notas a los Tópicos de Aristóteles*. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1999, pág. 8

⁸⁰ Precisamente, el *ius privatum* se identifica de alguna manera con la *utilitas (ad singularem utilitatem)*. En este sentido, DAZA MARTINEZ, J. *Op. Cit.* 2002, pág. 28; IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 2008, págs. 60, 61.

⁸¹ DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 171.

⁸² DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 170.

⁸³ IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 2008, pág. 32.

costumbres de sus antepasados⁸⁴, los romanos iban estableciendo paulatinamente excepciones a las soluciones tradicionales para que, con el tiempo, la excepción fuera convirtiéndose en norma general y relegara, sin prisa, pero sin pausa, las costumbres desfasadas. Todo ello sin considerarlo una paradoja, pues, en la mentalidad romana, los nuevos principios emanaban de los antiguos e incumbe a los juristas la misión de revelarlos.

Así pues, ante una eventual colisión entre la conveniencia por razones prácticas y el apego férreo a una serie de principios dogmáticos, los juristas romanos no titubearon y se pronunciaron, por lo general, a favor de la solución más pragmática, con base en el sólido y arraigado argumento de la *utilitas*. Veamos a continuación numerosos ejemplos de lo afirmado en algunas instituciones jurídicas romanas tras un breve recorrido por las distintas ramas del ordenamiento jurídico, a los fines de corroborar por su través que el desarrollo, configuración y desenlace del Derecho romano estuvo estrechamente relacionado con las necesidades impuestas por la vida real, en una clara expresión de su carácter esencialmente pragmático.

A) Por lo que se refiere a las cuestiones relacionadas con las personas, la capacidad y el *status*, destacamos algunos

⁸⁴ KASER, M. *Op. Cit.* 1982, págs. 16 y 17.

aspectos en donde claramente se puede detectar el influjo de la *utilitas* en la conformación de un Derecho romano apegado a la realidad:

En la medida que el nacimiento de las personas físicas producía consecuencias jurídicas concretas⁸⁵, la jurisprudencia romana certificó la influencia de este acontecimiento fisiológico en la resolución de los diversos casos reales planteados en la práctica, un preámbulo que propiciará más tarde que el Derecho justiniano⁸⁶ formule con carácter general los requisitos que deben concurrir en el nacimiento de una persona⁸⁷ a los fines de ser reputado como tal y, por ende, generar los efectos jurídicos que le son propios.

⁸⁵ BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho privado romano*. Publicaciones UCAB. Caracas. 2006, págs. 122, 124, 125.

⁸⁶ D. 25, 4, 1, 1; D. 50, 16, 129 y 135; D. 1, 5, 12 y 14. Codex 6, 29, 2 y 3; CTh. 5, 1, 1.

⁸⁷ VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Civitas. Madrid. 1986, págs. 74-76; PANERO GUTIERREZ, R. *Derecho Romano*. 4ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008, págs. 210-214; RASCON, C. *Síntesis de historia e instituciones de Derecho Romano*. 3ª ed. Tecnos. Madrid. 2008, pág. 140; FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Derecho Privado Romano*. 7ª ed. Iustel Portal Derecho S.A. Madrid. 2014, págs. 171-174; FERNANDEZ BARREIRO, A.; PARICIO SERRANO, J. *Fundamentos de derecho privado romano*. 9ª ed. Marcial Pons. Madrid. 2016, pág. 33; MIQUEL, J. *Derecho Privado Romano*. Marcial Pons. Madrid. 1992, págs. 54, 55; GARCIA GARRIDO, M.J. *Derecho Privado Romano. Casos. Acciones Instituciones*. Edic. Académicas S.S.

El recurso al instrumento de las presunciones también contribuyó en la labor de dar respuesta a situaciones concretas, como es el caso de fallecimiento en un mismo accidente de varias personas llamadas a sucederse entre sí (padre e hijo, por ejemplo), de no ser posible determinar con certeza cuál de ellas murió antes que la otra⁸⁸, con el fin de establecer el instante del deceso de cada una de ellas, con distinta solución según la época histórica (conmoriencia, en el Derecho clásico romano⁸⁹; o premoriencia, por razón de la fortaleza física, en la época justiniana)⁹⁰.

El convencionalismo social se impregna de pragmatismo en el caso de la figura del *tempus lugendi* que debía respetar la viuda antes de volver a contraer matrimonio⁹¹, so pena de caer

Madrid. 2001, págs. 206, 207; IGLESIAS, J. *Derecho Romano. Historia e instituciones*. 11ª ed. Ariel Derecho. Barcelona. 1994, págs. 108-111.

⁸⁸ GARCIA GARRIDO, M.J. *Op. Cit.* 2001, pág. 207; IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 1994, págs. 143, 144; MIQUEL, J. *Op. Cit.* 1992, pág. 55; FERNANDEZ BARREIRO, A.; PARICIO SERRANO, J. *Op. Cit.* 2016, pág. 33; FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2014, pág. 174; RASCON, C. *Op. Cit.* 2008, pág. 142; PANERO GUTIERREZ, R. *Op. Cit.* 2008, págs. 214-215;

⁸⁹ D. 34, 5, 18.

⁹⁰ D. 34, 5, 9, 4.

⁹¹ GARCIA SANCHEZ, J. *Algunas consideraciones sobre el tempus lugendi*. RIDA nº 23. 1976, págs. 141 y ss.; IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 1994, pág. 489;

en infamia, ante la dificultad de establecer la paternidad del hijo *-turbatio sanguinis-* en el caso de un matrimonio consecutivo de la viuda de no haber transcurrido un plazo suficientemente amplio para despejar dudas en cuanto a la identidad del progenitor de la nueva criatura⁹². Y es que, mientras que el luto observado por los parientes descansaba en el respeto a los dioses Manes del difunto, sin embargo, en cuanto a la viuda, dicha institución, además de mostrar el respeto debido ante el marido desaparecido, permitía salvaguardar sus expectativas sucesorias, puesto que, durante mucho tiempo, estas fueron más bien escasas en Roma.

Frente al principio de libertad que rige en las relaciones entre el individuo y la República como regla general⁹³, lo cierto es que necesidades de intendencia y de supervivencia imponían limitaciones sustanciales, como sucedía con la figura del colonato⁹⁴ y el ejercicio de otras profesiones⁹⁵. En efecto, los

LÓPEZ PEDREIRA, A. *Tempus lugendi y secundae nuptiae en Derecho Romano*. RIDROM [on line]. 11-2013. ISSN 1989-1970, págs. 332-377.

⁹² MIQUEL, J. *Op. Cit.* 1992, pág. 357; FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2014, pág. 258; PANERO GUTIERREZ, R. *Op. Cit.* 2008, pág. 304; TORRENT RUIZ, A. *Manual de Derecho Privado Romano*. Neoediciones S.A. Madrid. 1993, págs. 532, 533.

⁹³ SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág. 182.

⁹⁴ IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 2008, págs. 83, 84; VOLTERRA, E. *Op. Cit.* 1986, págs. 114-116; FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2014, pág. 184;

colonos, pese a contar con capacidad matrimonial, patrimonial y procesal, se hallaban adscritos de forma permanente a la tierra donde trabajaban *-membra terrae*⁹⁶⁻, hasta el extremo de que, si se separaban del fundo y huían, podían ser reducidos a la esclavitud. Situación similar ocurría con los miembros de determinadas corporaciones profesionales (herrereros, barberos, panaderos, artesanos, mineros), que debían laborar en tales funciones forzosamente, sin poder abandonarlas. En un caso y en otro, subyace clara la intención del poder público de mantener ciertos oficios y profesiones, por resultar imprescindibles para el sostenimiento y suministro de la sociedad romana⁹⁷.

La consideración del Derecho romano como un ordenamiento jurídico privativo inicialmente de sus ciudadanos⁹⁸ otorga una relevancia especial al tema de la ciudadanía romana por lo que implica ello desde el punto de vista de la titularidad y ejercicio de derechos. En este sentido, el pragmatismo inoculado en la vida de los romanos y en su derecho, se constata, por ejemplo, en lo que a la concesión de la

D'ORS, E. *Derecho Privado Romano*. 8ª ed. EUNSA. Pamplona. 1991, pág. 501.

⁹⁵ VOLTERRA, E. *Op. Cit.* 1986, págs. 116-117; FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2014, pág. 184.

⁹⁶ *Codex* 11, 47, 23.

⁹⁷ BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, págs. 132, 151.

⁹⁸ SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 142 y ss.

ciudadanía se refiere, sobre todo cuando se concede por disposición legal⁹⁹, o por iniciativa del poder público, como resultado de la práctica de conductas ejemplarizantes, tanto de personas individualmente consideradas, como de grupos o habitantes de una determinada ciudad, región o provincia¹⁰⁰, sin tener que olvidar tampoco el pragmatismo de ciertas decisiones políticas y, principalmente, tributarias¹⁰¹, como supuso en su momento la concesión universal de la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio (Constitución

⁹⁹ Así, por ejemplo, la *Lex Acilia repetundarum* (123, 122 a.C.) que recompensaba con la concesión de la ciudadanía romana al habitante de una provincia de Roma que hubiera resultado vencedor en un pleito entablado contra un magistrado romano acusado del cobro excesivo de impuestos. Al respecto, GUERRERO-BERNARDO PERIÑAN, M. *El praemium civitatis en la lex Acilia repetundarum: ¿incentivo para reprimir el abuso de poder?* Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana, nº 12, 2014. Versión online disponible en la página web: <http://www.dirittoestoria.it/12/pdf/Guerrero-Praemium.pdf> (consultado con fecha 20/04/2018).

¹⁰⁰ TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 1993, págs. 90 y ss.; D'ORS, E. *Op. Cit.* 1991, págs. 8, 18, 24, 53, 134, 428, 431; BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, págs. 155, 156.

¹⁰¹FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción, Arbitraje.* 10ª ed. Thomson Civitas. Pamplona. 2007, págs. 256, 259-265.

Antoniniana¹⁰² dictada por el emperador Antonino Caracalla, 212 d.C.).

Culminamos este repaso por la sección de personas y capacidad con una referencia a la persona jurídica, puesto que por mucho tiempo el Derecho romano, individualista sobremanera, fue muy reacio al fenómeno asociativo; sin embargo, tanto las necesidades de la vida real, cuanto la nueva percepción que se va gestando del *Populus Romanus*¹⁰³, amén de la importancia cobrada por la práctica de la beneficencia en la resolución de los problemas cotidianos, impulsarán su aparición¹⁰⁴ como un ente que cuenta con capacidad distinta a la de sus miembros integrantes.

B) También será el pragmatismo jurídico el que justifique las modificaciones y actualizaciones producidas en el proceso

¹⁰² TORRENT RUIZ, A. *La Constitutio Antoniniana: reflexiones sobre el papiro Giessen 401*. Edisofer. Madrid. 2012; SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 53, 101, 144, 156.

¹⁰³ D. 50, 16, 16. Al respecto, FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2007, págs. 119, 241, 253, 254.

¹⁰⁴ FERNANDEZ BARREIRO, A.; PARICIO SERRANO, J. *Op. Cit.* 2016, págs. 36-38; PANERO GUTIERREZ, R. *Op. Cit.* 2008, págs. 217-220; TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 1993, págs. 97-101; BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, págs. 163, 164.

romano, pieza clave de un ordenamiento jurídico concebido más un sistema de derechos¹⁰⁵, que un sistema de acciones¹⁰⁶:

La propia aparición de la fórmula en el procedimiento clásico (*per formulam*)¹⁰⁷ constituye una expresión del pragmatismo romano, dado que, por su través¹⁰⁸, las partes no solo fijaban sus posiciones por escrito ante el magistrado, configurando la base del mandato dirigido por este al juez (*iussum iudicandi*)¹⁰⁹, sino que también convenían los términos en los que el litigio se sometía al juez. Este paso agilizaba el proceso, al darle mayor concreción, pues el pretor delimitaba los aspectos del procedimiento y, con ello, orientaba al juez que

¹⁰⁵ GIOFFREDI, C. *Sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*. BIDR nº 70. 1967, págs. 231, 238.

¹⁰⁶ DAZA MARTINEZ, J.; RODRIGUEZ ENNES, L. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Tirant lo Blanc. Valencia. 2009, págs. 30, 31; MURGA GENER, J.L. *Derecho Romano Clásico. II. El Proceso*. Secretariado de Publicaciones. Universidad de Zaragoza. Zaragoza. 1983, págs. 32-36.

¹⁰⁷ *Institutiones Gai* 4, 30, 39 y ss. En cuanto a la génesis del procedimiento formulario, CARRELLI, O *La genesi del procedimento formulare*. Giuffrè. Milano, 1946; MURGA GENER, J.L. *Op. Cit.* 1983, págs. 164 y ss.

¹⁰⁸ RASCON, C. *Op. Cit.* 2008, págs. 190-194; GARCIA GARRIDO, M.J. *Op. Cit.* 2001, págs. 166 y ss.; FERNANDEZ BARREIRO, A.; PARICIO SERRANO, J. *Op. Cit.* 2016, págs. 54 y ss.; BETANCOURT SERNA, F. *Derecho Romano Clásico*. 3ª ed. Universidad de Sevilla. Sevilla. 2007, págs. 159 y ss.; MURGA GENER, J.L. *Op. Cit.* 1983, págs. 160 y ss.

¹⁰⁹ FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2007, págs. 490, 506; MURGA GENER, J.L. *Op. Cit.* 1983, págs. 161, 162.

continuaba el pleito (fase *apud iudicem*)¹¹⁰ hasta darle fin con la sentencia.

El carácter inapelable de la sentencia, considerada firme en el proceso primitivo de las *legis actiones* y en el clásico *per formulam*, también evidenciará la practicidad de la figura de la *litis contestatio* como último acto de la fase *in iure* ante el magistrado¹¹¹, lo que ayuda a explicar su carácter excluyente, al extinguir la acción procesal y privar al demandante (*actor*) de la facultad de volver a reclamar sobre el mismo asunto; permite fijar la cuantía de la deuda y determinar si existe o no un supuesto de *plus petitio*; torna transmisibles a los herederos las acciones intransmisibles y perpetuas las acciones temporales¹¹²; lograba evitar la infamia en el caso de acciones infamantes, si la deuda se pagaba en tal momento del proceso; así como,

¹¹⁰ Sobre el carácter publicístico o privatístico de la fórmula, MURGA GENER, J.L. *Op. Cit.* 1983, págs. 162-164.

¹¹¹ En torno a la naturaleza y los efectos de la *litis contestatio*, MURGA GENER, J.L. *Op. Cit.* 1983, págs. 291 y ss.; FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2007, págs. 491-493; GARCIA GARRIDO, M.J. *Op. Cit.* 2001, págs. 180-182, 193; TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 1993, págs. 161 y ss.; D'ORS, E. *Op. Cit.* 1991, págs. 144-146; MIQUEL, J. *Op. Cit.* 1992, págs. 115-117; FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2014, págs. 103-105.

¹¹² ARANGIO-RUIZ, V. *Le genti e la città*, en *Scritti de diritto romano* 1. Camerino. 1974, págs. 519 y ss.

llegados a este punto, las partes procesales ya no podían ser sustituidas por medio de representantes¹¹³.

Tampoco podemos omitir como dechado de pragmatismo romano la creación pretoria, en virtud de su *imperium*, que no de su *iuris dictio*, de instrumentos de protección jurídica extraprocesal¹¹⁴, cuya finalidad era evitar un pleito o, de no ser posible, prepararlo mejor, así como garantizar su efectividad (*interdicta*¹¹⁵, *missiones in possessionem*¹¹⁶, *stipulationes praetoriae*¹¹⁷, *restitutio in integrum*¹¹⁸).

¹¹³ MURGA GENER, J.L. *Op. Cit.* 1983, págs. 300, 97 y ss.

¹¹⁴ GARCIA GARRIDO, M.J. *Op. Cit.* 2001, págs. 187 y ss.; TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 1993, págs. 177 y ss.; FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2014, págs. 142 y ss.; FERNANDEZ BARREIRO, A.; PARICIO SERRANO, J. *Op. Cit.* 2016, págs. 107, 108; VOLTERRA, E. *Op. Cit.* 1986, págs. 258 y ss.; SCHULZ, F. *Derecho Romano Clásico*. Bosch. Barcelona. 1960, págs. 57 y ss.

¹¹⁵ D. 43, 17, 1; D. 43, 26, 2; D. 43, 29, 1. Al respecto, KASER, M. *Eigentum und Besitz im alterem romischen Recht*. Böhlau. Weimar. 1943, págs. 243 y ss.

¹¹⁶ BETANCOURT SERNA, F. *La defensa pretoria del missus in possessionem*. AHDE n° 52. 1982, págs. 373 y ss.

¹¹⁷ GUIOMARO, M. *Ulpiano e le stipulationes praetoriae*. Studi in onore di Arnaldo Biscardi 4. Milano. 1983, págs. 413 y ss.

¹¹⁸ FABRINI, F. *Per la storia della restitutio in integrum*. Labeo n° 13. 1967, págs. 200 y ss.; RAGGI, L. *La "restitutio in integrum" nella "cognitio extra ordinem"*. Giuffrè. Milano, 1965.

C) En el campo de los bienes y derechos reales el carácter pragmático del Derecho romano se refleja con claridad en algunos casos bien significativos, que a continuación subrayamos:

Mención aparte merece la reticencia del Derecho romano a la idea de copropiedad¹¹⁹, basada en su individualismo¹²⁰ a ultranza, por ser considerada como una potencial fuente de conflictos, razón que permite acuñar el principio por el que nadie está obligado a permanecer en ella, que le imprimirá un carácter transitorio, ya que está destinada a derivar en propiedad (es) individual (es) mediante el ejercicio de dos acciones al efecto¹²¹: *actio communi dividundo*, *actio familiae erciscundae*.

¹¹⁹ De ahí el brocardo medieval elaborado a partir de ciertas interpolaciones en el Digesto, *communio mater rixarum*, en SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág. 169.

Sobre la copropiedad o condominio en el Derecho romano, VOLTERRA, E. *Op. Cit.* 1986, págs. 321 y ss.; PANERO GUTIERREZ, R. *Op. Cit.* 2008, págs. 376 y ss.; RASCON, C. *Op. Cit.* 2008, págs. 240 y ss.; BETANCOURT SERNA, F. *Op. Cit.* 2007, págs. 340 y ss.

¹²⁰ Nos remitimos a la expresión de R. v. Ihering, sobre el “*egoísmo disciplinado*”. En contra de ese pretendido individualismo romano, hasta el punto de ser considerado una leyenda, BIONDI, B. *Romanità e Fascismo. Discorso Università di Catania 6/11/1928*. Oficina Moderna. Catania, 1929.

Otros supuestos de clara presencia del principio de *utilitas* en el Derecho romano derivan de la admisión de la accesión como medio originario de adquisición de la propiedad romana (*accessorium sequitur principale*)¹²², a los fines de evitar situaciones de un denostado condominio, argumento que también se aplicará en materias tales como la especificación¹²³, confusión y conmixción¹²⁴, usucapión¹²⁵ (*usucapio*¹²⁶, *praescriptio longi temporis*¹²⁷, *praescriptio longissimi temporis*¹²⁸).

La regulación de los distintos *iura in re aliena*, expresión del carácter elástico del derecho de propiedad, nos indica una

¹²¹ MURGA GENER, J.L. *Op. Cit.* 1983, págs. 85, 129, 188, 220; FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2014, págs. 475, 500.

¹²² D. 34, 2, 19, 13; D. 34, 2, 29, 1.

¹²³ *Institutiones Gai* 2, 79; *Institutiones* 2, 1, 25-26; D. 41, 1, 7, 7.

¹²⁴ D. 41, 1, 12, 1; D. 6, 1, 5.

¹²⁵ FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2007, págs. 378 y ss.; TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 1993, págs. 271 y ss.; MIQUEL, J. *Op. Cit.* 1992, págs. 185 y ss.

¹²⁶ Tabla VI, 2-6 (XII Tablas); D. 41, 3, 3; *Regulae Ulpiani* 19, 8; *Fragmenta Vaticana* 259; D. 41, 3, 33, 2; *Codex* 7, 40, 2; *Institutiones Gai*, 2, 52 y ss.

¹²⁷ D. 44, 3, 3 y 9; D. 41, 3, 9; *Institutiones Gai*, 2, 45 y 47; D. 48, 11, 8; D. 23, 5, 16; *Institutiones* 2, 6, 9; *Codex* 7, 38; *Novellae* 111, 1; D. 27, 5, 2; *Codex* 7, 35, 4; *Codex* 7, 33; D. 50, 16, 28; D. 41, 3, 46; D. 41, 4, 6-10; D. 41, 1, 48, 1; *Institutiones*, 2, 6, 12; *Codex* 7, 39, 2.

¹²⁸ CTh. 4, 14, 1.

vez más el pragmatismo del Derecho romano¹²⁹: así sucede, por ejemplo, con alguno de los principios sobre los que gravita el funcionamiento de las servidumbres¹³⁰: la necesidad de vecindad entre fundo dominante y sirviente fundos para que exista utilidad; la indivisibilidad de la servidumbre para que se trate de una servidumbre útil y eficaz; la prohibición de constituir una servidumbre sobre otra ya existente, por representar un verdadero obstáculo a su utilidad; o, incluso, la extinción de la servidumbre, ya por falta de uso, ya por haberse producido una pérdida de utilidad posteriormente a su constitución.

A su vez, necesidades prácticas justificarían la fusión del *ius emphyteuticum* y del *ius perpetuum*¹³¹ a finales del siglo IV a.C. para originar el derecho de enfiteusis¹³², como consecuencia

¹²⁹ SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág. 176; VOLTERRA, E. *Op. Cit.* 1986, págs. 415 y ss.; BETANCOURT SERNA, F. *Op. Cit.* 2007, págs. 347 y ss.

¹³⁰ TUCILLO, F. *Algunas notas sobre las servidumbres prediales en la tradición romanística y en las modernas codificaciones*. RIDROM nº 19. Octubre, 2017, págs. 96 y ss.; GROSSO, G. *Le servitù prediali*. UTET. Torino. 1951, págs. 101 y ss.; SIBER, H. *Römisches Privatrecht*. Sack, Berlín. 1928, pág. 109; FERRINI, C. *Sulla perpetua causa nelle servitù prediali romane*. AG nº 50 (1893), págs. 388 y ss.

¹³¹ FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2014, págs. 420-423; GARCIA GARRIDO, M.J. *Op. Cit.* 2001, pág. 370.

¹³² LEVY, E. *Derecho Romano vulgar de Occidente. Derecho de Bienes*. American Philosophical Society Independence Square Philadelphia. 1951,

de la obligación de los concesionarios del *ius perpetuum* de cultivar la tierra, y de la desmesura del canon anual pagadero por el mejor postor en el caso del *ius emphyteuticum*.

La misma razón nos sirve para entender la creación del derecho real de superficie¹³³ cuando, tras autorizar los magistrados la construcción de viviendas en suelo público a los particulares para atender el serio problema habitacional en Roma, el pretor otorga protección al superficiario mediante el *interdictum superficibus*, que se erige en medio de defensa ante cualquier perturbación de su derecho¹³⁴.

O, por fin, la propia evolución seguida por el Derecho romano en cuanto a los derechos reales de garantía (*fiducia*, *pignus*, *hypotheca*)¹³⁵, dado que, ante el inconveniente que

págs. 43-48; 75-77, en http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/4295/136-9590_9_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultado con fecha 13706/2018); VOLTERRA, E. *Op. Cit.* 1986, págs. 433-435; PANERO GUTIERREZ, R. *Op. Cit.* 2008, pág. 438.

¹³³ PANERO GUTIERREZ, R. *Op. Cit.* 2008, págs. 441 y ss.; MIQUEL, J. *Op. Cit.* 1992, págs. 234 y ss.; FERNANDEZ BARREIRO, A.; PARICIO SERRANO, J. *Op. Cit.* 2016, págs. 255 y ss.

¹³⁴ LEVY, E. *Op. Cit.* 1951, págs. 48-53; 77-78.

¹³⁵ LEVY, E. *Op. Cit.* 1951, págs. 58, 59; VOLTERRA, E. *Op. Cit.* 1986, págs. 439 y ss.; TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 1993, págs. 319 y ss.; SCHULZ, F. *Op. Cit.* 1960, págs. 382 y ss.

representaba para el deudor tener que transmitir la propiedad de la cosa entregada (*fiducia*), o bien su posesión (*pignus*), hasta el punto de comprometer la satisfacción de la obligación contraída, permitirá el mero señalamiento de la cosa (*hypotheca*), sin necesidad de que medie su desplazamiento para obtener una garantía que asegurara el cumplimiento de la obligación.

D) En sede de obligaciones y contratos también podemos constatar el pragmatismo del Derecho romano, como lo demuestran una serie de ejemplos:

El principio del Derecho romano primitivo y clásico en cuya virtud "*alteri stipulari nemo potest*"¹³⁶ ve necesariamente modulado su arraigo en la época justiniana fruto de las exigencias del desarrollo del sistema contractual romanos a través de las estipulaciones a favor y a cargo de tercero^{137 138}.

¹³⁶ D. 45, 1, 38, 17.

¹³⁷ D. 13, 7, 13; D. 24, 3, 45; *Codex* 4, 65, 9; *Codex* 3, 42, 8, 1; *Codex* 8, 54, 3, 1; D. 45, 1, 38.

Al respecto, COUDERT, J. *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*. Société d'impression typographiques. Nancy. 1957, págs. 195 y ss.; ARIAS BONET, J.A. *Estipulaciones a favor de tercero en los glosadores y en las Partidas*. AHDE nº 34. 1964, págs. 235 y ss.

¹³⁸ D. 46, 1, 65; *Institutiones* 3, 19, 3. Sobre el particular, COUDERT, J. *Op. Cit.* 1957, págs. 11 y ss.; FURKIOTIS, K. *Verträge zu Lasten Dritter. Ein kleiner Rückblick auf Homer und Lukian*. Studi in onore di Edoardo Volterra - Volume VI. Giuffrè. Milano. 1971, págs. 253 y ss.

La propia evolución de la fianza constituye un ejemplo de la evolución del Derecho romano en función de las nuevas necesidades y de un mayor componente práctico en la figura (*sponsio, fidepromissio, fideiussio*)¹³⁹, del mismo modo que la que experimentarían las nociones de *contractus, conventio, pacta, nuda pacta*, reflejo del desarrollo histórico de la contratación en Roma¹⁴⁰, marcado por un proceso de espiritualización y superación del formalismo con el consiguiente declive los contratos formales; al igual que la practicidad que representan figuras tales como la *datio in solutum*¹⁴¹, o el *pactum ut minus solvatur*¹⁴², que permitirán superar la tradicional máxima romana “*aliud pro alio invito creditori non postest*”¹⁴³.

¹³⁹ ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations: roman Foundations of the Civilian Tradition*. Clarendon Press. Oxford. 1996, pág. 121; DIAZ BAUTISTA, A. *Notas sobre el aseguramiento de obligaciones en la legislación justiniana*. RIDA n° 30. 1983, págs. 81 y ss.; BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, págs. 365-369.

¹⁴⁰ GROSSO, G. *Il sistema romano dei contratti*. 3ª ed. Giappichelli. Torino. 1963, págs. 66 y ss.; IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 2008, págs. 252 y ss.; BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, págs. 399, 484, 400, 408, 479.

¹⁴¹ *Institutiones Gai* 3, 168; *Institutiones* 3, 29; *Novellae* 4, 3. En este sentido, MELILLO, G. “*In solutum dare*”. *Contenuto e dottrine negoziali nell’adempimento inessato*. Napoles, 1970; BLANCH NOUGUES, J.M. *Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (datio in solutum) en Derecho Romano*. RGDR. Iustel. N° 13. 2009 (RI §408465).

¹⁴² D. 2, 14, 7, 19.

¹⁴³ D. 12, 1, 2, 1.

En la práctica de algunos contratos se observan ciertos ajustes que denotan la necesidad de encajar principios tradicionales del Derecho primitivo con la realidad de la vida diaria: así sucede, por ejemplo, con la pretendida gratuidad del mutuo¹⁴⁴, un contrato de derecho estricto, y el pago excepcional de intereses -onerosidad-, a través de la *stipulatio usurarum*¹⁴⁵, que serviría de antesala a la creación de la *stipulatio sortis et usurarum*¹⁴⁶ y de la legislación restrictiva posterior con el fin de poner coto a los abusos cometidos¹⁴⁷; en el contrato de sociedad, la conexión del fin lícito¹⁴⁸ con un interés o utilidad común para todos los socios¹⁴⁹, hasta el punto de extinguirse la sociedad por haberse cumplido el fin¹⁵⁰, o ser este imposible o ilícito; así como el mismo fundamento del *mandatum*, pues, por su través, se permite extender la actividad jurídica a un lugar donde no se

¹⁴⁴ MASCHI, C.A. *La gratuità del mutuo classico*. Studi G.B. Pallieri. Milano. 1978, págs. 289 y ss.; TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 1993, pág. 415; VOLTERRA, E. *Op. Cit.* 1986, págs. 486, 487; D'ORS, E. *Op. Cit.* 1991, págs. 447-449.

¹⁴⁵ D. 19, 5, 24.

¹⁴⁶ IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 2008, pág. 255.

¹⁴⁷ *Lex Licinia, Lex Genucia, Lex Sempronia, Lex Cornelia Pompeia unciaria*. Al respecto, BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, pág. 423.

¹⁴⁸ D. 17, 2, 57.

¹⁴⁹ VOLTERRA, E. *Op. Cit.* 1986, pág. 519; TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 1993, pág. 435; BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, págs. 465, 468, 469; FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2014, pág. 573.

puede realizar personalmente la gestión y administración de los asuntos¹⁵¹, lo que explicará que opere en interés del mandante o de un tercero, y no del mandatario en exclusiva¹⁵², supuesto este que nos conduciría al consejo, que, para los romanos¹⁵³, no era un mandato.

E) En el seno de la familia romana, eje de la vida cotidiana y, por ende, del Derecho romano, entresacamos y ponemos en evidencia múltiples aspectos que certifican la practicidad del ordenamiento jurídico romano:

Ya entre las teorías que se esgrimen para justificar la aparición de la familia en Roma, una de ellas es netamente económica¹⁵⁴, al entender que aquella surgiría como resultado de la agrupación de varios grupos coligados en torno a un

¹⁵⁰ D. 17, 2, 65, 10.

¹⁵¹ En época justiniana se va configurando el mandato más cercano al actual, mediante la fusión del mandato surgido del *Ius gentium* y la *procura* (D. 3, 3, 1.). Al respecto, PANERO GUTIERREZ, R. *Op. Cit.* 2008, pág. 603; IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 2008, pág. 272; VOLTERRA, E. *Op. Cit.* 1986, págs. 526, 527.

¹⁵² D. 17, 1, 2, 6.

¹⁵³ *Institutiones Gai* 3, 155 y ss.

¹⁵⁴ ARANGIO-RUIZ, A. *La gens y la ciudad*. Messina. 1914, págs. 11 y ss.; GARCIA GARRIDO, M.J. *Op. Cit.* 2001, pág. 216; PANERO GUTIERREZ, R. *Op. Cit.* 2008, pág. 254.

cultivo agrario intensivo, a los fines de lograr una mayor productividad y rendimiento.

Además, resaltamos la regulación de los peculios¹⁵⁵, práctica no exclusiva de los romanos con similitudes en el pueblo hebreo¹⁵⁶, que pretendía adiestrar a los hijos varones en los negocios mediante la asignación de la administración y goce de un pequeño patrimonio¹⁵⁷.

Incluso, en la esencia de algunos impedimentos matrimoniales, no escapa la visión pragmática del Derecho romano, como sucedía entre el tutor (o su hijo) con la pupila¹⁵⁸, dada la existencia del conflicto de intereses, un impedimento que rige hasta la rendición de cuentas por parte del tutor, siempre que la pupila no hubiera alcanzado la edad de

¹⁵⁵ D. 15, 1, 5, 3; D. 15, 1, 4 pr.; D. 39, 5, 7.

¹⁵⁶ BERNAD MAINAR, R. *Manual de historia del derecho*. Publicaciones UCAB. Caracas. 2010, pág. 39.

¹⁵⁷ THOMAS, Y. *Droit domestique et droit politique à Rome. Remarque sur le pécule et les honores des fils de famille*. Mélanges Ecole Française de Rome n° 94. 1982, págs. 527 y ss.

¹⁵⁸ D. 48, 5, 7 pr.; D. 23, 2, 59, 60, 67. Sobre el particular, BUIGUES, OLIVER, G. *La posición jurídica de la mujer en Roma. Presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer*. Dykinson. Madrid. 2014, pág. 147.

veinticinco años, pues, cumplida esta edad, podía ejercer la *restitutio in integrum ob aetatem*¹⁵⁹.

La prohibición establecida por Augusto, que impedía a los soldados contraer matrimonio mientras prestaban el servicio militar¹⁶⁰, produjo un efecto distinto al pretendido, cual fue la aparición y paulatina consolidación del concubinato¹⁶¹. La sociedad romana y el Derecho romano asumen este fenómeno, lo contemplan y regulan¹⁶², en una prueba de pragmatismo y adaptación a las circunstancias, no obstante que, por influencia del cristianismo, esta figura fuera relegada ante el impulso y predominio de la familia legítima.

Una practicidad puesta de manifiesto también a la hora de explicar la posible interpretación pontifical respecto a la tercera venta de los hijos a la hora de justificar y dar cobertura

¹⁵⁹ BUIGUES, OLIVER, G. *La rescisión de los hechos y actos jurídicos en Derecho romano (Premisa para un estudio de la restitutio in integrum)*. Quiles Artes Gráficas. Valencia, 1992; MURGA GENER, J.L. *Op. Cit.* 1983, pág. 362.

¹⁶⁰ VOLTERRA, E. *Op. Cit.* 1986, págs. 116, 117; FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2014, pág. 184; BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, págs. 542, 543.

¹⁶¹ GAUDEMET, J. *Union libre et mariage dans la Rome imperiale*. IVRA n° 40. 1989, págs. 1 y ss.

¹⁶² C.Th. 4, 6, 3; *Codex* 5, 27, 5; D. 25, 7, 3 pr.; D. 23, 2, 24.

legal al fenómeno de la adopción¹⁶³, ante el riesgo de extinción de la familia cuando solo los hijos varones nacidos de justas nupcias aseguraban su continuidad. Argumento que podemos traer a colación para justificar también la original y peculiar figura de la *adrogatio*¹⁶⁴, un recurso eficaz para la conservación y preservación de la familia romana.

Un ejemplo emblemático del pragmatismo romano lo podemos detectar en las *donationes ante nuptias*. Así es, su importancia y frecuencia se acrecientan en la práctica¹⁶⁵ ante la prohibición entre cónyuges de donarse bienes, cuyo fundamento radicaba en la dificultad de tasar económicamente el amor que se profesaba una pareja, sumado a la ceguera ocasionada por el desmedido amor estimulante de una excesiva generosidad¹⁶⁶. Este veto colateral propiciará el arraigo de

¹⁶³ Tabla IV, 2 y 3, en http://ermoquisbert.tripod.com/dr/12t/12t_texto.htm (consultado con fecha 14/06/2018). Al respecto, RUSSO RUGGERI, C. *La datio in adoptionem* Vol. 1. Giuffrè. Milano, 1990; IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 1994, pág. 472.

¹⁶⁴ *Institutiones Gai* 1, 99 y ss. En este sentido, CASTELLO, C. *Il problema evolutivo dell'adrogatio*. SDHI n° 33. 1967, págs. 129 y ss.; BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, págs. 550, 551.

¹⁶⁵ MIGLIARDI ZINGALE, L. *Rileggendo P. Med. inv. 41: legislazione giustiniana e prassi in tema di dote e donazione nuziale*. JJP n° 20, 1990, págs. 109 y ss.

¹⁶⁶ D. 24, 1, 1.

aquellas, y justificará que la mujer las constituyera mediante dote para asegurar así su posible restitución¹⁶⁷. Evidentemente, una vez que las donaciones entre cónyuges resultan convalidadas, en el caso de que el donante muriera sin revocarlas¹⁶⁸, las donaciones *ante nuptias* pierden gran parte de su atractivo, al quedar sin razón de ser, una vez admitida su constitución constante matrimonio entre los cónyuges (*donationes propter nuptias*)¹⁶⁹, sin precisar para ello insinuación¹⁷⁰.

Tampoco podemos olvidar en prueba del pragmatismo romano las políticas públicas de fomento de la natalidad, ante el temor del creciente protagonismo adquirido por los extranjeros y libertos, situación esta que propiciaría la promulgación de las leyes augusteas de política social¹⁷¹, entre cuyas medidas pueden destacarse, por ejemplo, el reconocimiento del *ius liberorum*¹⁷², en cuya virtud resultaban

¹⁶⁷ AMELOTI, M. *Per la ricostruzione di una legge di Teodosio II*. Studi in onore di P. De Francisci Vol. 2. Milán. 1956, págs. 308 y ss.

¹⁶⁸ D. 24, 1, 32.

¹⁶⁹ *Codex* 5, 3, 20.

¹⁷⁰ *Novellae* 119, 1; 127, 2.

¹⁷¹ JOLOWICZ, H.F. *Historical introduction to the study of Roman law*. Cambridge. 1932, pág. 361.

¹⁷² ZABLOCKA, M. *Il ius trium liberorum nell diritto romano*. BIRD n° 91. 1988, págs. 361 y ss.

exentas de tutela las mujeres ingenuas con tres hijos, y las libertas con cuatro¹⁷³.

F) Cerramos este repaso general del ordenamiento jurídico romano y nos detenemos en algunas instituciones jurídicas de la sucesión *mortis causa* para comprobar su pragmatismo jurídico: así, por ejemplo, en lo que respecta al llamamiento pretorio *ab intestato* a favor del *vir et uxor*¹⁷⁴, que concede un derecho recíproco de sucesión entre marido y mujer¹⁷⁵ en el caso de un matrimonio justo disuelto tras la muerte de alguno de los cónyuges.

Incluso, la propia existencia y reconocimiento de las sustituciones hereditarias¹⁷⁶ representaban un instrumento ante el riesgo de que el instituido heredero no quisiera o no pudiera aceptar la herencia, ante el recelo que existía en Roma respecto de la sucesión intestada, considerada casi una desgracia¹⁷⁷, dada la primacía con la que contaba la sucesión testada¹⁷⁸.

¹⁷³ *Institutiones Gai* 1, 145.

¹⁷⁴ D. 38, 11.

¹⁷⁵ NARDI, E. *La reciproca posizione successoria dei coniugi privi di conubium*. Giuffrè. Milano, 1938; SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág. 218.

¹⁷⁶ NEGRI, G. *Sostituzione ordinaria*. Enciclopedia del diritto (ED) n° XLIII. Giuffrè. Milano 1990, págs. 126 y ss.

¹⁷⁷ SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág. 179; IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 1994, págs. 555, 556.

¹⁷⁸ D. 29, 2, 39.

La misma existencia de la sucesión *ab intestato* y el orden legal de suceder impuesto por la ley guardan relación estrecha con un motivo eminentemente práctico¹⁷⁹: evitar que los patrimonios quedaran sin titularidad, con el riesgo que ello implicaba en cuanto a la parálisis de las relaciones jurídicas y económicas. Esto explicaría que tanto los *bona vacantia*¹⁸⁰ (procedentes de las personas que morían sin testamento ni herederos), como los *bona caduca*¹⁸¹ (aquellos que de acuerdo con la legislación del emperador Augusto no podían adquirir los solteros *-caelibes-*, ni los que no tenían hijos *-orbi-*) se destinaran al *fiscus* romano¹⁸², que los recibía libres de deudas o, por lo menos, sin que estas pudieran exceder del activo hereditario recibido *-intra vires hereditatis-*¹⁸³. Ya en la época

¹⁷⁹ DILIBERTO, O. *Successione legitima* (dir. romano). Enciclopedia del diritto (ED) n° XLIII. 1990, págs. 1297 y ss.

¹⁸⁰ HERRERA BRAVO, R. **Bona vacantia y sucesión a favor del Estado en el Derecho Romano y su recepción en el Derecho Histórico Español. IV Congreso de Derecho Romano Iberoamericano. Universidade de Vigo, 16-18 de abril de 1998. Vol. 2. 1999, págs. 21-28.**

¹⁸¹ ASTOLFI, R. *I beni vacanti e la legislazione caducaria*. BIRD n° 68. 1965, págs. 135 y ss.

¹⁸² D. 17, 2. Ver FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2007, págs. 257-259; COLI, U. *"Fisco"* (diritto romano). NNDI VII. UTET. Turín. 1961, págs. 381 y ss.

¹⁸³ GARZETTI, A. *Aerarium e fiscus sotto Augusto: storia di una questione in parti di nomi*. Athenaeum n° 31. 1953, págs. 298-327; CERAMI, P. *Contrahere*

posclásica las corporaciones o los gremios profesionales a los que pertenecía el *de cuius* heredaban estos bienes con preferencia al *fiscus* (*res privata imperatoris*)¹⁸⁴.

Así pues, a modo de colofón, podemos confirmar tras el análisis realizado, que una de las notas más representativas que radiografían y singularizan el Derecho de los romanos es su marcada practicidad, a fuerza de tener que superar principios tradicionales consagrados por los ancestros, lo cual nos llevar a concluir que, en un pretendido ejercicio comparativo entre el Derecho romano y el Derecho actual, el genio jurídico de Roma permitió inocular en sus leyes el valor extrajurídico de la utilidad *-utilitas-*, en una línea más cónsona con lo que modernamente entedemos por jurisprudencia de intereses¹⁸⁵, en contraposición a la denominada jurisprudencia de conceptos, de la que se situaría más bien alejada, dada la reticencia de los romanos sobre la abstracción artificiosa¹⁸⁶, tal como se ha puesto en evidencia a través del recorrido que hemos realizado,

cum fisco. Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo n° 34. 1973, págs. 277 y ss.; IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 2008, pág. 381; BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, pág. 596.

¹⁸⁴ D. 43, 8, 2, 4. Sobre el particular, VASSALLI, F.E. *Concetto e natura del fisco*. SSE n° 25. Universidad de Siena. 1908, págs. 121 y ss.; BURDESE, A. "Fisco" (diritto romano). ED n° XVII. Milán. 1968, págs. 673 y ss; DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 216.

¹⁸⁵ CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I. *Op. Cit.* 2009, pág. 32.

¹⁸⁶ SCHULZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág. 62.

y del que extraemos muestras del exponente que representa el pragmatismo jurídico romano.

III. LA AEQUITAS EN ROMA:

III.1. A MODO DE APROXIMACION

Desde un perfil etimológico, la voz *aequitas* procede del término *aequus*, *-a*, *-um*, de origen muy antiguo por estar presente en la tradición jurídica de la *civitas*¹⁸⁷ y con diversos sentidos posibles¹⁸⁸: en una versión local se identifica con “*lo que es plano o llano, contrario a lo torcido o inclinado*”¹⁸⁹, acepción que, desde un punto de vista tan importante para Roma como es el castrense¹⁹⁰, significa lo que resulta favorable, oportuno e

¹⁸⁷ SCHIAVONE, A. *Giurisiti e principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Una esegesi*. SHDI n° 69. 2003, pág. 12.

¹⁸⁸ D'AGOSTINO, F. *La tradizione dell'epitkeia nel Medioevo latino*. Giuffrè. Milano. 1976, pág. 3.

¹⁸⁹ VARRON, M.T. *De lingua latina* 5, 123.

¹⁹⁰ MEILLET, A. – ERNOUT, A. *Dictionnaire etymologique de la langue latine. Histoire des mots*. Klincksieck. Paris. 2001, pág. 11, en <https://ia800403.us.archive.org/33/items/DictionnaireEtymologiqueDeLaLangueLatine/Dictionnaire%20etymologique%20de%20la%20langue%20latine.pdf> (consultado con fecha 26/06/2018).

idóneo; otra noción se presenta más acorde con lo que es igual o semejante¹⁹¹; e, incluso, desde otro punto de vista, también aparece relacionado con un estado psicológico, equivalente con un ánimo equilibrado¹⁹².

A partir del adjetivo calificativo *aequus* surgen, a su vez, algunas acepciones correlativas con el vocablo *aequitas*, tanto para designar un terreno favorable¹⁹³, cuanto para significar la igualdad o semejanza de trato¹⁹⁴, la tranquilidad de ánimo, y la justicia en su vinculación con el derecho, siendo esta última acepción, impregnada de la segunda, las que se fueron imponiendo con el paso del tiempo, esto es, la *aequitas* llega a ser interpretada como el ídolo de la justicia teñida del punto necesario de equilibrio.

La construcción del concepto de equidad en Roma debe ponerse en relación con su precedente griego (*επιεικεια*)¹⁹⁵, una

¹⁹¹ PLAUTO. *Cisternalia*, 532-533; CAESAR, C.J. *De bello Gallico* 7, 48, 4; CICERON, M.T. *Pro Archia*, 6.

¹⁹² CICERON, M.T. *Verrinas* 2, 73.

¹⁹³ *Collectio canonum, Hispana* 29, 7.

¹⁹⁴ CICERON, M.T. *De re publica* 1, 34, 53.

¹⁹⁵Una relación entre el término griego y el romano, en PINNA PARPAGLIA, P. *Aequitas in libera Republica*. Giuffrè. Milano. 1972, págs. 216-226.; BISCARDI, A. *De aequitas and epikeia*, en Rabello, A.M. *Aequitas and equity: equity in civil law and mixed Jurisprudence*. Jerusalem. 1997, págs. 1-11.

voz helena¹⁹⁶ que etimológicamente designa lo que es conveniente, moderado, o equilibrado¹⁹⁷; que surge a propósito de la distinción entre la justicia escrita y no escrita¹⁹⁸, a modo de enmienda o corrección del derecho escrito, a veces hasta indulgencia¹⁹⁹; y que nos presenta un concepto amplio y, a la vez, superior de la equidad para situarlo en el marco de una justicia perfecta e ideal²⁰⁰, entendida como virtud genérica identificada con la idea de prudencia moral²⁰¹, una concepción de la que se harán eco posteriormente los juristas romanos e, incluso, los moralistas²⁰², para quienes la *ἐπιεικεία* consiste en una interpretación benévola de ley, ya restrictiva, por corregir el derecho escrito en un caso particular, ya estricta, al tomar en consideración un supuesto excepcional en el que se puede encontrar algún miembro dentro de la comunidad.

¹⁹⁶ GIANINI, A. *La equità* AG 105. 1931, págs. 188-194; ZAMBONI, A. *L'aequitas in Cicerone*. AG 170. 1966, págs. 187-194.

¹⁹⁷ FALCON Y TELLA, M.J. *Equidad, derecho y justicia*. Ramón Areces. Madrid. 2005, págs. 27 y ss.

¹⁹⁸ ARISTOTELES. *Ars Rhetorica* (Ross, W.D. Oxford, 1959); *Ethica ad Nicomacum* 5, 10 (<http://www.cervantesvirtual.com/obra/ethica-ad-nicomachum-en-castellano-trad-compendiada>, consultada con fecha 6/05/2018).

¹⁹⁹ ARISTOTELES. *Ethica ad Nicomacum* 6, 11.

²⁰⁰ RILEY, L.J. *The history, nature and use of epikeia in moral theologie*. Washington. 1948, págs. 195 y ss.; 263 y ss.

²⁰¹ ARISTOTELES. *Magna Moralia* 1198 b 22, 31; *Ethica Nicomachea* 1137a 20-24, 31; 1138a 3.

²⁰² CARON, P.G. *Op. Cit.* 1971, pág. 53.

Sin embargo, habrá que esperar hasta el siglo I a.C. para que el vocablo *aequitas* aparezca de manera habitual en Roma²⁰³, sobre todo en la obra de Cicerón²⁰⁴, quien pudo haber recibido el influjo de los juristas estoicos sobre la idea de justicia y, con ello, no solo haber asimilado este concepto de la *aequitas*, de gran influencia en la construcción del *ius gentium*²⁰⁵, sino también haber absorbido el influjo de la retórica como parte cualificada de la cultura griega, en su peculiar elaboración de la teoría de la *aequitas*, lo que arroja un sentido lato del término que permite encerrar en su seno aspectos tales como *iustitia*, *humanitas* y *honestitas*, todos ellos valores inoculados esencialmente en la cultura romana. Y es que el gran orador romano Cicerón, siguiendo en este punto al maestro Aristóteles, empleará la *aequitas* como el fin último de sus discursos forenses²⁰⁶, en tanto que preferirá invocar la *utilitas* en sus discursos filosóficos.

²⁰³ *Rhetorica ad C. Herennium* (90 a.C., de autor desconocido, aunque atribuida a Cicerón durante mucho tiempo).

²⁰⁴ CICERON, M.T. *De legibus*.

²⁰⁵ POHLENZ, M. *Die Stoa Geschichte einer geistigen Bewegung*. Tomo I. Göttingen. 1948, págs. 263, 264.

²⁰⁶ CICERON, M.T. *De inventione* II, 156, en <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/inventione2.shtml> (consultado con fecha 3/05/2018). Algunos autores estudian el término *aequitas* en la obra de Cicerón, MASCHI, A. *Certeza del diritto e potere discrezionale del magistrato nel diritto romano*. Studi in onore di E. Betti, 3. Milano. 1962,

Evidentemente, un prisma tan laxo como el descrito permite a Cicerón asignar varios sentidos al término en cuestión: ya identificar *aequitas* con *iustitia*²⁰⁷, hasta el punto de otorgarle la consideración de fuente suprema del derecho²⁰⁸; ya esgrimirla como contrapunto al *ius civile*²⁰⁹; o, incluso, presentarla bajo una perspectiva de igualdad a la hora de aplicar la ley²¹⁰, lo que la catapultaría al máximo rango jerárquico de las virtudes²¹¹, siempre tomada en consideración por los magistrados romanos²¹² de la mano de la *fides*²¹³.

págs. 413 y ss.; BISCARDI, A. *Riflessioni minime sul conceptto di aequitas*. Studi in memoria di G. Donatuti I, Milano. 1973, págs. 173 y ss.;

²⁰⁷ CICERON, M.T. *De legibus* I, 18, 48, en [http://historicaldigital.com/download/Ciceron%20Marco%20Tulio%20-%20Las%20Leyes%20\(bilingue\).pdf](http://historicaldigital.com/download/Ciceron%20Marco%20Tulio%20-%20Las%20Leyes%20(bilingue).pdf) (consultado con fecha 3/05/2018).

²⁰⁸ CICERON, M.T. *De legibus* I, 6, 19, en [http://historicaldigital.com/download/Ciceron%20Marco%20Tulio%20-%20Las%20Leyes%20\(bilingue\).pdf](http://historicaldigital.com/download/Ciceron%20Marco%20Tulio%20-%20Las%20Leyes%20(bilingue).pdf) (consultado con fecha 3/05/2018).

²⁰⁹ CICERON, M.T. *Pro Caecina* 20, 58; 23, 66; 27, 77, en *Orationes* I. A.C. Clark. Oxford, 1909.

²¹⁰ CICERON, M.T. *Tópicos a Cayo Trebacio* 4, 23-24, en [http://www.mercaba.org/SANLUIS/ALiteratura/Antigua/Roma/Ciceron%20-%20Las%20Leyes%20\(bilingue\).pdf](http://www.mercaba.org/SANLUIS/ALiteratura/Antigua/Roma/Ciceron%20-%20Las%20Leyes%20(bilingue).pdf), pág. 5 *in fine* (consultado con fecha 3/05/2018).

²¹¹ CICERON, M.T. *Tópicos a Cayo Trebacio* 23, 90.

²¹² CICERON, M.T. *Pro Murena* 27.

²¹³ CICERON, M.T. *Pro Cluentio* 58, 159.

En todo caso, estamos ante un término *-aequitas-* claramente relacionado, por un lado, con el calificativo *aequum* y, por otro, con la expresión *bonum et aequum*²¹⁴, voces ambas de gran arraigo dentro de la cultura romana en general y de la jurídica en particular, argumento este que podría resultar nada baladí a la hora de poner en tela de juicio, cuando menos, la presunta y consumada asunción por Roma de la voz *aequitas* a partir de la retórica helena y de las diversas variantes del estoicismo. En efecto, con la expresión *bonum et aequum* se alude al comportamiento correcto y razonable²¹⁵, en tanto que, más concretamente desde una perspectiva legal²¹⁶, entronca con el verdadero espíritu de las leyes en detrimento de su literalidad para el caso en que esta vulnerara los intereses individuales, hasta el punto de que los términos *lex* y *bonum et aequum* tienden a identificarse (“*ex aequo et bono ius constat*”).

Así pues, la *aequitas* es una de las piedras angulares sobre las que se asienta la cultura de Roma, que trasciende el campo de lo estrictamente jurídico y merece ser considerada como una gran virtud (*virtus*) a la que todo hombre bueno y modélico debe aspirar, en contraposición a lo que representaría un

²¹⁴ PRINGSHEIM, F. *Ius aequum und ius strictum*, ZSS, 42. 1922, págs. 643 y ss.; *Bonum et aequum*. ZSS, 52. 1932, págs. 78-155.

²¹⁵ PLAUTO. *Curculio* 63-64; *Lexicon Plautinum* I, págs. 66-69.

²¹⁶ CICERON, M.T. *Rhetorica ad Herennium* 10, 14; 13, 20.

comportamiento cruel e inhumano²¹⁷. Este rango de la *aequitas* en la civilización romana ha de justificarse porque nos encontramos ante un concepto-valor que desde los tiempos más primitivos se asocia indisolublemente con otra de las virtudes por excelencia, la *iustitia*, cuyos linderos y contenido se delineaban en el seno de la filosofía²¹⁸ a los fines de explicar y justificar su carácter preferencial entre las fuentes del *ius*, primordialmente en lo que a su función correctora se refiere²¹⁹.

Prueba de lo afirmado es la escenificación de una Roma republicana idealizada, incluso en plena etapa monárquica, que se asocia plenamente con una concepción ético-política, cuya referencia es la "*societas aequa*"²²⁰, inspirada y regulada principalmente por medio de la *aequitas*, y que ya se considera como una amenaza directa frente a toda situación de

²¹⁷ Una conexión entre la *aequitas* y la esclavitud en Roma, en DAZA MARTINEZ, J. *Aequitas et humanitas*. Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias, II. Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvarez. Universidad Complutense. Madrid. 1988, págs. 1222-1226.

²¹⁸ CICERON, M.T. *De Officiis* III, 17, 69. Atzert. Leipzig, 1963; *Pro Murena*, en *Orationes* I. A.C. Clark. Oxford, 1909. De esta conexión existente entre filosofía y derecho se hace eco uno de los grandes juristas romanos, Ulpiano (D. 1, 1, 1.).

²¹⁹ CICERON, M.T. *De legibus* I 5, 16-17. (ed. bilingüe a cargo de D'Ors, A. Estudios Políticos. Madrid, 1953).

privilegio²²¹, que ejerce su función con el rigor y la precisión de un criterio matemático²²² ante la rigidez de la ley²²³, y que se plasma en la libertad²²⁴ que garantiza a cada ciudadano el logro de beneficios correlativos con sus méritos²²⁵.

Esta presencia de la *aequitas* en la mentalidad política y social romana (*societas aequa*) va más allá de la propia estructura interna que asegura la paz y convivencia social, y se proyecta, incluso, en las relaciones exteriores de la Roma republicana a través de los diversos pactos celebrados con otros pueblos²²⁶, puesto que, en aras del predicamento de la *utilitas* en la

²²⁰ LIVIO, T. *Storia di Roma* 2, 3, 3 ; 6, 36, 7; 6, 37, 4; 21, 3, 3-6 (http://www.deltacomweb.it/storiaromana/titolivio_storia_di_roma.pdf (consultado con fecha 6/05/2018)).

²²¹ CICERON, M.T. *De Officiis* 1, 124.

²²² ALBANESE, B. *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*. *Ius* n° 10. 1959, págs. 434, 437 y ss.

²²³ CICERON, M.T. *Pro Cluentio* 146; GAUDEMET, J. *Le peuple et le gouvernement de la république romaine*. *LABEO* 1965 n° 2, pág. 153, nota 44.

²²⁴ LIVIO, T. *Storia* 3, 34, 3; 3, 53, 1-10; 3, 56, 10; 34, 54, 5.

²²⁵ PLAUTO. *Cisternalia*, 532; *Trinummus*, 452; 493.

²²⁶ LIVIO, T. *Storia* 1, 24, 3; 2, 33, 4; 2, 40, 10; 7, 19, 4; 6, 37, 4; 7, 30, 2; 8, 1, 8; 8, 2, 12; 8, 5, 3-7; 26, 24, 3; 37, 15; 39, 36, 6-39; 45, 32, 5.

Una crítica en torno a la distinción planteada por Tito Livio sobre los diversos tipos de pactos en función y la *aequitas* romana, en PINNA PARPAGLIA, P. *Aequitas in libera Republica*. Giuffrè. Milano. 1972, págs. 34-50.

administración de los intereses públicos *-res publica*²²⁷, pone en valor el juego y la sutileza de la diplomacia como instrumento adecuado para la instauración de una anhelada sociedad presidida por el valor de la *aequitas*.

Se podría hasta defender, sin estar exenta la polémica y la crítica²²⁸, la existencia de una doble visión de la *aequitas*: por un lado, como una variante y derivación del pensamiento greco-bizantino²²⁹, ajena en principio al mundo jurídico²³⁰, más bien moderada e indulgente, con una influencia creciente hasta la época posclásica y, sobre todo, bizantina, en la que surge un *ius aequum* que se opone a todo vestigio del *ius* tradicional caracterizado por la rigidez y el formalismo; y por otro, típicamente romano²³¹, que se identifica con el criterio de igualdad y de la estrecha correspondencia entre la realidad y el derecho, inescindible del mismo hasta promover su desarrollo desde los orígenes. Todo ello sin descartar algún criterio

²²⁷ CICERON, M.T. *De finibus bonorum et malorum* 3, 71, en <https://ryanfb.github.io/loebolus-data/L040.pdf> (consultado con fecha 8/05/2018); KUNKEL, W. *Diligentia*. ZSS n° 42. 1921, pág. 344, nota n° 2.

²²⁸ PINNA PARPAGLIA, P. *Op. Cit.* 1972, págs. 264-267.

²²⁹ PINNA PARPAGLIA, P. *Op. Cit.* 1972, págs. 233 y ss.

²³⁰ PRINGSHEIM, F. *Gesammelte Abhandlungen*, I. Winter. Heidelberg. 1961, págs. 131-153.

²³¹ PINNA PARPAGLIA, P. *Op. Cit.* 1972, pág. 245.

diferenciado con diversidad de matices²³², como el que reconduce la noción de la *aequitas* romana al margen de la mentalidad jurídica romana, sin que ello deba suponer necesariamente referirse al pensamiento o la retórica griega.

Sin embargo, es tan profunda e inherente la conexión entre Roma y el valor de la *aequitas*, que cualquier intento de desligar ambos polos atractivos corre el riesgo de amputar abruptamente dos miembros inescindibles²³³, puesto que la *aequitas* en Roma representa una suerte de realidad intelectual²³⁴, cuya fuerza es comparable a la de una fuente subterránea²³⁵ que, no obstante aportar agua sin cesar y alterar la composición y estructura del fondo, no logra perturbar la

²³² IHERING, R. *Geist des Römischen Rechts* II. Leipzig. 1921, págs. 88 y ss.; SCIALOJA, V. *Del diritto positivo e dell'equità*. Studi giuridici III, 1ª parte. 1932, págs. 11 y ss.; WINDSCHEID, B. *Diritto delle Pandette* (trad. Fadda e Bensa). Torino. 1925, pág. 82; COSTA, E. *Cicerone giurisconsulto*. Bologna. 1927, pág. 30; RICCOBONO, S. *Cristianesimo e diritto privato*. Rivista di diritto civile. 1911 n° I, págs. 38 y ss.

²³³ PRINGSHEIM, F. *Op. Cit.* I. Winter. Heidelberg. 1961, págs. 173-223; DONATI, B. *Sul principio di equità*. Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia. 1913, págs. 358 y ss.

²³⁴ CICERON, M.T. *Pro Plancio* 42, en <https://archive.org/details/ciceroproplancio00cicerich> (consultado con fecha 8/05/2018).

²³⁵ VARRON, M.T. *De lingua latina* 5, 12, 3, en <https://gredos.usal.es/jspui/handle/10366/125117> (consultado con fecha 8/05/2018).

aparente tranquilidad de la superficie, esto es, una surte de punto intermedio y sereno de valoración entre la indulgencia y la excesiva onerosidad²³⁶, prescindiendo de cualquier tipo de consideración ética, cual si se tratara de un resorte fundamental en la obra del pretor, típicamente romana y, en modo alguno, griega^{237 238}.

Y es que, aun centrando el espectro de la *aequitas* en el ámbito de lo jurídico, es tal la influencia del Derecho en la vida de los romanos que, lejos de ser un aspecto más, constituye su columna vertebral, el exponente por antonomasia del genio del pueblo romano.

De ahí que la *aequitas* trascienda lo jurídico y se eleve a la categoría de virtud, desde diversas perspectivas y múltiples entramados: ora con la imperturbabilidad y el equilibrio humano, tal como ya hemos señalado²³⁹; ora bajo la consideración de la *fides*, en el sentido de credibilidad o confiabilidad genérica, como complemento del derecho y fundamento de la justicia²⁴⁰, en sana congruencia con la noción

²³⁶ BONFANTE, P. *L'equità*. Rivista di diritto civile XV. 1923, págs. 192.

²³⁷ MASCHI, C.A. *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*. Vita e pensiero. Milano. 1937, pág. 193; ARANGIO-RUIZ, V. *Istituzioni di diritto romano*. 14ª ed. Napoli. 1960, pág. 28.

²³⁸ PINNA PARPAGLIA, P. *Op. Cit.* 1972, págs. 289-291.

²³⁹ *Thesaurus* 1, col. 1014.

²⁴⁰ CICERON, M.T. *De Officiis* I, 7, 23.

de *aequitas naturalis*²⁴¹; ya por su relación con la *humanitas*²⁴², entendida esta como el ideal de la perfecta educación humana de todo ciudadano romano²⁴³ frente al estado de la barbarie - *acerbitas*-²⁴⁴, sin perjuicio del giro experimentado hacia la benignidad por influjo del estoicismo y la posterior identificación entre *humanitas* y *aequitas*²⁴⁵ a fines del Imperio Romano; ya, incluso, detectando su conexión con la *iustitia* mediante la vinculación entre el *ius naturale* y el caso concreto.

Así pues, la *aequitas* es tan consustancial a Roma, más allá del Derecho, que constituye, en verdad, una suerte de razón natural, una especie de *ius gentium* previo a la ley escrita, sin perjuicio, como tendremos ocasión de comprobar, de erigirse en un factor corrector del derecho durante la república -*ius honorarium*-, o de resultar un decisivo motor de modificación del derecho en la época de los emperadores cristianos, en pleno período del Bajo Imperio Romano.

III.2. LA AEQUITAS EN EL DERECHO ROMANO:

²⁴¹ D. 2, 14, 1 pr.; 13, 5, 1 pr.

²⁴² SCHULZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág.

²⁴³ SCHADEWALDT, W. *Humanitas Romana. Aufstieg und Niedergang der römischen Welt (ANRW) I, 4.* Berlin-New York. 1973. págs. 43-62.

²⁴⁴ CICERON, M.T. *Pro Archia*, 31.

²⁴⁵ Referido a las relaciones *aequitas* y *humanitas*, DAZA MARTINEZ, J. *Aequitas et humanitas.* Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias, II. Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvarez. Universidad Complutense. Madrid. 1988, págs. 1226-1231.

III.2.1. INTRODUCCION

Como ya hemos constatado, la *aequitas* representa durante todas las épocas del Derecho romano una idea fácil de entender por su aparente sencillez²⁴⁶, caracterizada por su multivocidad²⁴⁷, en cuanto pluralidad de sentidos, lo que explicaría de alguna forma la dificultad de obtener por inducción una idea unitaria²⁴⁸ y una definición solvente²⁴⁹, a pesar de su estrecha conexión con el mundo jurídico y no obstante haber comprobado que supera dicho ámbito: en efecto, en una primera perspectiva la *aequitas* prima sobre el derecho, a modo de razón natural que alcanza la jerarquía de valor superior y se opone a la rigurosidad del *ius strictum*²⁵⁰, fuente generadora de injusticia (*summum ius, summa iniuria*)²⁵¹; en otra

²⁴⁶ CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I. *La equidad en el derecho privado. Equidad y justicia*. Bosch. Barcelona. 2009, pág. 40.

²⁴⁷ CARON, P.G. *Op. Cit.* 1971, pág. 1.

²⁴⁸ GUARINO, A. *Equità* (Diritto romano). Novissimo Digesto Italiano VI, 3ª. 1957, págs. 619-624.

²⁴⁹ WINDSCHEID, B. *Tratatto delle Pandette* (trad. Fadda, C.; Bensa, P.E.) I. Torino. 1925, págs. 82 y 83.

²⁵⁰ RICCOBONO, S. *Ius est ars boni et aequi*. Annali Catania. IL-L. 1947, págs. 223 y ss.; *La definizione del ius al tempo di Adriano*. Annali Catania LIII-LIV. 1948, págs. 5 y ss.

²⁵¹ STROUX, J. *Summum ius, summa iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte des interpretatio iuris*. Festschrift Paul Speiser-Sarasin zum 80 Gebrurstag. Leipzig-Berlin. B.G. Taubner, 1926.

acepción, la *aequitas* se configura como un ideal de vida -un fin- que trasciende al propio ordenamiento jurídico y que convierte a este en un mero instrumento para la consecución de aquel, de tal manera que se transforma en una fuente de inspiración para el derecho; también constituye un criterio hermenéutico de la norma jurídica²⁵² que, sin desviarse de ella, lo adapta a las necesidades sociales y los valores predominantes, en aras de la interpretación más justa posible.

No sin dejar de reconocer que la *aequitas* representa una de las ideas centrales de la civilización y cultura romana, lo cierto es que estamos ante uno de los valores extrajurídicos con mayor honda raigambre en el ámbito del Derecho romano, circunstancia esta que se magnifica y redimensiona ante la importancia que ejerce el Derecho en la vida para los romanos y la pasión con la que el ciudadano romano se relaciona con el mundo jurídico. Y es que la rigidez propia del *ius civile* propiciará la incorporación de la *aequitas* para flexibilizar su excesivo rigor causante de situaciones injustas, hasta el punto de tornarse este valor en una fuente del derecho, innovadora a la vez que variable, un valioso principio rector de encaje y ajuste, de restitución del equilibrio perdido en función de las nuevas necesidades, y de lo que en cada momento se entiende

²⁵² PINNA PARPAGLIA, P. *Op. Cit.* 1973, págs. 229-232 y ss.

por justicia²⁵³, más allá incluso de su mera consideración como instrumento jurídico.

Es más, en los primeros tiempos de la civilización romana la escasa legislación existente y la práctica jurídica constituían un terreno abonado para el juego de la *aequitas* por parte de los jueces y magistrados, con todo lo que ello significaba desde el punto de vista de la inseguridad jurídica²⁵⁴. Sin embargo, una vez redactada la codificación decemviral de las XII Tablas y, no obstante el aporte logrado con ella en aras de la seguridad jurídica al regular los supuestos más habituales, surge la necesidad de salvar los nuevos vacíos jurídicos nacidos tras la primera codificación romana, en cuya labor la *aequitas* adquirirá un protagonismo relevante como instrumento de restitución del equilibrio y de reparto equitativo ante situaciones desiguales o inicuas.

Una prueba más de la vinculación existente entre el *Ius* y la *aequitas* en Roma proviene de la famosa definición de Celso del derecho como el arte de lo bueno y equitativo (*ius ars boni et aequi*)²⁵⁵, en la que, al margen de una cierta connotación retórica²⁵⁶, se invoca la idoneidad en la consecución de sus fines

²⁵³ CARON, P.G. *Op. Cit.* 1971, pág. 3.

²⁵⁴ D. 1, 2, 2, 1.

²⁵⁵ D. 1, 1, 1 pr.

²⁵⁶ IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 2008, págs. 55-57.

-*bonum*-, así como la ponderación de las circunstancias e intereses -*aequum*-²⁵⁷.

En esa estrecha relación mencionada y a mayor abundamiento²⁵⁸, la *aequitas* se proyecta muy especialmente en el ámbito del proceso romano, como veremos, al conciliar mediante el equilibrio y la ponderación los intereses en juego; transita por el *ius civile* para alcanzar la igualdad entre todos los ciudadanos ante la ley²⁵⁹; y logra la justicia cuando el pretor trata de adecuar las previsiones legales al caso concreto. Y es que mientras el *ius* tiende a equiparar el trato jurídico para todo tipo de supuestos²⁶⁰, la *aequitas*, sin embargo, persigue la conciliación de los intereses individuales²⁶¹.

Incluso, resulta muy evidente la afinidad que media entre *aequitas* y *ius naturale*²⁶², justificando con ello lo habitual de las expresiones *natura aequum*²⁶³ y *aequitas naturalis*²⁶⁴: así se

²⁵⁷ CALCATERRA, A. *L'analisi del "ius" e della "lex" in elementi primi*. SDHI n° 46. 1980, págs. 258 y ss.

²⁵⁸ CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I. *Op. Cit.* 2009, págs. 39, 40.

²⁵⁹ V. LÜBTOW, U. *De iustitia et iure*. ZSS Romanistische Abtelilung n° 66. 1948, págs. 528 y ss.

²⁶⁰ GUARINO, A. *Equità. Diritto romano*. NDI. Tipografico-Editrice Torinese. VI. Torino. 1957, pág. 620.

²⁶¹ ZARZALEJOS, J.A. *"Equidad"*. Gran Enciclopedia Universal. Tomo 8. Espasa. Madrid. 2003, págs. 3448-3449.

²⁶² CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I. *Op. Cit.* 2009, pág. 40.

²⁶³ D. 12, 6; 14, 1; *Codex* 8, 17; 12, 8.

demuestra, por ejemplo, en la referencia a las obligaciones naturales, o en la admisión de la curatela del menor de veinticinco años (*minor*), o incluso, en la subsunción del *ius naturale* bajo el adagio *semper bonum et aequum*²⁶⁵, diferenciado netamente del *ius civile*, al que cuestiona por no ser capaz de contemplar las nuevas situaciones surgidas de las nuevas circunstancias, un *ius naturale* que se dirige hacia la igualdad de lo que es igual (no lo eran, evidentemente, los ciudadanos libres y los esclavos), a adjudicar a cada uno lo que le corresponde según sus méritos²⁶⁶, en una clara manifestación de la justicia distributiva²⁶⁷.

Ante el posible desajuste entre el derecho y la realidad, surge la necesidad de interpretar la ley²⁶⁸, a los fines de que, una vez superada la literalidad del derecho, se pueda indagar su verdadero espíritu²⁶⁹, no solo por el mero ejercicio de búsqueda, sino, sobre todo, por la conveniencia de adecuar la ley a las exigencias de su intencionalidad²⁷⁰. Y es ahí donde la

²⁶⁴ D. 4, 4; 13, 5, 1; 43, 26, 2, 2; 38, 8, 2.

²⁶⁵ D. 1, 1, 11; 1, 1, 6

²⁶⁶ CICERON, M.T. *Rhetorica ad Herennium* III, 2, 3.

²⁶⁷ CICERON, M.T. *De Republica* I, 34, 53.

²⁶⁸ CARON, P.G. *Op. Cit.* 1971, págs. 3 y 4.

²⁶⁹ CICERON, M.T. *Pro Caecina* 23, 65; 27, 77; 28, 80; 36, 104. También, en D. 49, 15, 12, 8.

²⁷⁰ D. 50, 17, 90; D. 4, 1, 7; D. 1, 3, 25.

aequitas adquiere una de sus más importantes dimensiones²⁷¹, puesto que, sin que ello represente una relajación gratuita de la ley (lo que constituiría una mal entendida *aequitas*), pudo llegar a valorarse en algunos casos (bajo el paraguas de los principios *favor religionis*²⁷², o *favor libertatis*²⁷³) con preferencia, incluso, sobre la misma *ratio stricta*.

III.2.2. EL IUS PRAETORIUM COMO CORRECTIVO DEL IUS CIVILE Y LA INCIDENCIA DE LA AEQUITAS

Incluso en la época más primitiva del Derecho romano -la del *Ius civile*-, no se puede desmerecer el papel protagonizado por la jurisprudencia, ni tampoco el aportado por la *aequitas* en la interpretación de las XII Tablas²⁷⁴, puesto que, en su virtud, se completarían y corregirían las deficiencias del *ius strictum* para que resultara equitativo²⁷⁵. Y es que, aunque en estos primeros tiempos la *aequitas* y el *ius civile* trazaron un claro deslinde, lo cierto es que presentan algunas conexiones²⁷⁶, ante la necesidad de moderar con ponderación el *ius strictum*. Aun así, en el proceso primitivo de las *legis actiones* el pretor no

²⁷¹ D. 5, 3, 50.

²⁷² D. 11, 7, 43.

²⁷³ SCHULZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 241, 242.

²⁷⁴ CICERON, M.T. *De Republica* II, 36, 61.

²⁷⁵ CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I. *Op. Cit.* 2009, pág. 40.

²⁷⁶ CICERON, M.T. *Topica* 2, 9; 2, 13, 20; *Pro Caecina* 27, 28; 28, 80.

creaba propiamente derecho²⁷⁷, aunque sorteara y solapara la rigidez del *ius civile* al decidir en equidad.

En pleno período republicano rige la Ley de las XII Tablas (450 a.C.)²⁷⁸, exponente por antonomasia del viejo *ius civile*, en cuya aplicación el pretor va forjando el *ius praetorium* como parte integrante del *ius honorarium*²⁷⁹. Por su través, el pretor, en el ejercicio de la *iuris dictio*, mediante edictos²⁸⁰, ayuda, suple y corrige²⁸¹ el entramado conformado por el *ius quiritarium*, de tal manera que, sin crear derecho *ex novo*, logra rectificar deficiencias y afrontar situaciones injustas que el rigor excesivo de aquel origina²⁸². En esta labor importantísima, por su significado y repercusión, el papel de la *aequitas* es determinante²⁸³, al igual que lo es el arraigo que la *utilitas* va

²⁷⁷ STEIN, P. *Enjuitable Principles in Roman Law*. Equity in the World's Legal System (Newman). Bruxelles. 1973, págs. 75, 76.

²⁷⁸ BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, pág. 61.

²⁷⁹ KASER, M. *Ius honorarium und ius civile*. ZSS n° 101. 1984, págs. 1-114; DAZA MARTINEZ, J. *Op. Cit.* 2002, págs. 108, 109.

²⁸⁰ De ahí la virtualidad del edicto pretorio, por acoger en su seno la *aequitas*, "*habet in se aequitatem*" (D. 43, 26, 2; 15 pr.). Al respecto, DAZA MARTINEZ, J. *Op. Cit.* 2002, págs. 10-112.; KASER, M. *Op. Cit.* 1982, págs. 20, 21.

²⁸¹ D. 2, 10, 1.

²⁸² FUENTESECA DEGENEFFE, M. *El dualismo IUS CIVILE-IUS HONORARIUM*. Revista General de Derecho Romano. Iustel, n° 7. Diciembre, 2006; KASER, M. *Op. Cit.* 1982, págs. 18 y 19.

²⁸³ FALCON Y TELLA, M.J. *Op. Cit.* 2005, pág. 57.

asumiendo paulatinamente en la labor de interpretación del *ius*, premisas que permiten avizorar la razón por la cual los valores extrajurídicos de la *aequitas* y la *utilitas* se unen de forma indisoluble²⁸⁴.

Si bien la función de la jurisprudencia en la época preclásica del *ius praetorium* comenzó a tener gran relieve²⁸⁵, lo cierto es que será la figura del pretor uno de los factores principales en lo que a la creación del derecho se refiere, lo que explicará que el ejercicio de la *aequitas* quedara en sus manos en gran medida (*fase in iure*), dado el escaso margen de actuación con el que contaba el juez en el proceso romano (*fase apud iudicem*)²⁸⁶. Así las cosas, dada la importancia del procedimiento en el Derecho romano, la *aequitas* se configura como base de muchos instrumentos procesales. Gran incidencia en tal sentido tendrá la aparición del nuevo procedimiento *per formulam*²⁸⁷, que permitirá al pretor conceder *actiones in factum* para un caso concreto ante la inexistencia de una *actio directa, utilis o ficticia* aplicable al supuesto de hecho considerado. Así pues, la *aequitas*

²⁸⁴ CICERON, M.T. *De finibus et malorum* III, 71; D. 1, 3, 25; ANKUM, H. *Utilitas causa receptum*. RIDH nº 15. 1968, págs. 115 y ss.

²⁸⁵ VACCA, L. *Considerazioni sull'aequitas come elemento nel metodo della giurisprudenza romana*. Studi in memoria di G. d'Amelio I. Milano. 1978, págs. 397 y ss.

²⁸⁶ Con relación al proceso romano primitivo y clásico (*fase in iure*, *fase apud iudicem*), MURGA GENER, J.L. *Op. Cit.* 1983, págs. 118 y ss., 270 y ss.

²⁸⁷ CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I. *Op. Cit.* 2009, págs. 45, 46.

se expande²⁸⁸ merced a la huella que el *ius honorarium* logra inocular en el *ius gentium* y el *ius naturale*.

Por tal motivo, la *aequitas* se convierte en el nuevo procedimiento formulario en una fuente del derecho romano procesal. Por su través, el pretor, ante una situación de iniquidad manifiesta, aporta una solución más justa de conformidad con la *aequitas*. Veamos, al respecto, algunos ejemplos que den fe de lo afirmado.

Comencemos, quizás, con una de las acciones más antiguas creadas por el pretor, concretamente la *actio iniuriarum*, una acción penal privada, infamante e intransmisible²⁸⁹, que pretende compensar a la víctima por el daño sufrido en la integridad física mediante una estimación del daño²⁹⁰. Esta acción integra la nómina de las denominadas *actiones in bonum et aequum conceptae*²⁹¹, en las que el juez (fase *apud iudicem*) decide según su arbitrio²⁹² con arreglo a la

²⁸⁸ DAZA, J. *Aequitas et humanitas*. Estudios Homenaje al Profesor Juan Iglesias, II. Madrid. 1988, págs. 1219-1221.

²⁸⁹ *Institutiones Gai* 3, 224; D. 44, 7, 34 pr.; 47, 10, 17, 2.

²⁹⁰ PINNA PARPAGLIA, P. *Op. Cit.* 1973, págs. 184 y ss.

²⁹¹ D. 11, 7, 14, 6.

²⁹² Un libre arbitrio que los romanos acertaron en limitar en aras de la seguridad jurídica, de tal manera que el juez quedaba restringido en su actuación, pues no podía crear derecho, ni modificarlo, ni tampoco

equidad, calibrando los intereses en conflicto y determinando la suma que compensaría los daños infligidos como consecuencia de la ilegalidad realizada (“*quantum aequum iudici videbitur; quod melius aequius*”), logrando con ello establecer la correspondencia perfecta que el pretor y el juez pretenden delinear entre la ley y los hechos²⁹³, en cuyo trazado la *aequitas* se configura como la verdadera base del Derecho romano republicano.

Junto a la *actio iniuriarum* se incluyen en esta enumeración otras *acciones*²⁹⁴: *si iudex suam litem fecerit*²⁹⁵; *de sepulchro violato*²⁹⁶; *funeraria*²⁹⁷; *de effussis et deiectis*²⁹⁸; *de feriis*²⁹⁹; *iudicium de moribus*³⁰⁰; *de negotiis gestis*³⁰¹; *rei uxoriae*³⁰².

arrogarse funciones propias de los magistrados, tal como advierte el jurista Celso (D. 45, 1, 91, 3).

²⁹³ GUARINO, A. *Actiones in aequum conceptae*. Labeo n° 8/1. 1962, págs. 7-15.

²⁹⁴ KASER, M. *Das römische Privatrecht I*. Beck. Munich. 1971, págs. 337, 338, 499.

²⁹⁵ D. 5, 1, 15, 1; *Institutiones* 4, 5.

²⁹⁶ D. 47, 23, 1.

²⁹⁷ D. 11, 7, 14, 13 y 17.

²⁹⁸ D. 9, 3, 5, 6.

²⁹⁹ D. 21, 1, 40, 1.

³⁰⁰ GUILARTE MARTIN-CALERO, C.; ANDRES SANTOS, F.J. *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Lex Nova. Valladolid. 2009, pág. 212.

³⁰¹ *Institutiones* 3, 27, 1.

³⁰² *Codex* 5, 13, 1.

A su vez, el pretor en el ejercicio de la *iuris dictio*, actúa y decide con arreglo a la *aequitas, ex bono et aequo*, tal como vemos a continuación:

Así sucede en el caso de la *bonorum possessio*³⁰³, que concede la posesión provisional de los bienes hereditarios y que es susceptible de transformarse en propiedad mediante la *usucapio*³⁰⁴, con la finalidad de favorecer a los hijos de familia emancipados que, conforme a la *hereditas* del *ius civile*, no heredaban, puesto que ya no integraban la familia agnaticia romana. En su virtud, se produce progresivamente el reconocimiento pretorio de la familia cognaticia en detrimento de la agnaticia³⁰⁵.

Otro ejemplo más lo podemos comprobar en sede de la *collatio bonorum*, o *collatio emancipati*, ante la situación injusta propiciada con ocasión de los hijos emancipados (*sui iuris*)³⁰⁶, que se veían claramente favorecidos respecto de sus hermanos que no lo eran (*alieni iuris*): en efecto, mediante la *bonorum possessio* los primeros eran llamados a la herencia del

³⁰³ *Institutiones Gai* 3, 25; 3, 32 y ss. (D. 38, 8, 2).

³⁰⁴ IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 2008, págs. 383, 384.

³⁰⁵ *Institutiones Gai* 1, 158. En torno a la familia agnaticia y cognaticia, BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, págs. 513 y ss.

paterfamilias con el derecho de mantener para sí los bienes que hubieran adquirido desde que egresaron de la familia mediante emancipación, a diferencia de sus hermanos quienes, al seguir estando sujetos al poder del *paterfamilias*, debían aportar al patrimonio familiar sus adquisiciones. Ante esta desigualdad y, por razones de equidad, los hijos emancipados deberán compartir con sus hermanos los bienes adquiridos desde su emancipación hasta la muerte del *paterfamilias*³⁰⁷, puesto que, de no haberse producido la emancipación y, por ende, seguir sujetos a la *patria potestas*, los bienes referidos habrían correspondido al jefe de la familia y, en consecuencia, habrían integrado su acervo hereditario, al que también resultarían llamados sus hermanos.

A mayor abundamiento, también aportamos el ejemplo de la *condictio*³⁰⁸, un instrumento procesal creado por el pretor en su edicto con base en la *aequitas* de tal suerte que, ante la inexistencia de un principio general en el Derecho romano según el cual quien experimentara un enriquecimiento injustificado, debía restituirlo al damnificado, el magistrado fue otorgando en cada caso concreto *actiones in personam*

³⁰⁶ GUARINO, A. *Collatio bonorum*. Società editrice del Foro Italiano. Roma, 1937.

³⁰⁷ D. 37, 6, 1, 15.

³⁰⁸ MURGA GENER, J.L. *Op. Cit.* 1983, págs. 132 y ss.; 277 y ss.

(*condictiones*) con el fin de reconocer la reparación³⁰⁹ -*certa pecunia*- del enriquecimiento injusto³¹⁰ obtenido a costa de otra persona.

Añadiremos otro caso emblemático como es el de la figura de la *restitutio in integrum*³¹¹, en la que el pretor, conforme a la equidad y en el ejercicio de su *imperium*, que no de la *iurisdictio*, con la finalidad de evitar consecuencias injustas emanadas de la rigurosidad del *ius civile* dejaba sin efectos con carácter retroactivo determinados actos jurídicos, por entenderlos no celebrados, de tal manera que se restituía la situación al estado anterior a su celebración. Todo ello bajo el cumplimiento riguroso de una serie de requisitos (grave perjuicio para una de las partes fruto del rigor del *ius civile*, causa expresamente fijada por el interdicto³¹², y no existir otro recurso para evitar los perjuicios ocasionados, lo que lo convierte en un recurso extremo).

Una prueba más de la interconexión del proceso romano con la *aequitas* lo representa el *iudicium ex bona fide*, un juicio sobre determinadas materias (*emptio-venditio*, *locatio-conductio*,

³⁰⁹ D. 12, 6, 14; 50, 17, 206; 5, 3, 38; 12, 4, 3, 7; 12, 1, 32; 23, 3, 50 pr.; 12, 6, 47.

³¹⁰ KASER, M. *Das römische Privatrecht* I. Beck. Munich. 1971, págs. 593-600; *Op. Cit.* II pág. 327.

³¹¹ D. 4, 4, 24, 1.

³¹² Por razón de la edad (*ob aetatem*), en el caso del *minor* (menor de 25 años); ausencia (*ob absentiam*), *capitis deminutio*; error (*ob errorem*); miedo (*ob metum*); fraude de acreedores (*ob fraudem creditorum*).

negotiorum gestio, mandatum, societas, tutela, dos) en las que no se observaban formalidades, por derivar del acuerdo mutuo de las partes y bastar con ello por mor de la *fides*³¹³, de modo que el juez en su decisión³¹⁴ pondera las circunstancias del caso³¹⁵ conforme al comportamiento exigible al *bonus paterfamilias*. Así es, la fortaleza conferida a la responsabilidad derivada de la palabra dada emana del valor de la *bona fides*, considerado una pauta de conducta encomiable en contraposición al mal comportamiento representado por el dolo (*dolus malus*)³¹⁶, que el pretor trata de combatir mediante acciones (*actio de dolo, actio*

³¹³ Virtud de gran valor entre los romanos por la que se obligaban a cumplir lo prometido. Al respecto, D. 16, 3, 31 pr.; *Institutiones Gai* 3, 135-137; 3, 149; CICERON, M.T. *De Officiis* III, 17,70; CICERON, M.T. *Topica* 17, 66.

³¹⁴ KASER, M. *Op. Cit.* I. 1971, pág. 485.

³¹⁵ No podemos confundir el *iudicium bonae fidei* y las *actiones in aequo et bono conceptae*, pues, aunque en ambas el juez dicta sentencia según su arbitrio, en el primer caso calibra las circunstancias, la conducta y la intención de las partes (*quidquid*), en tanto que en el segundo cuantifica la condena (*quantum*). Aun así y, no obstante las diferencias apuntadas, en ambos casos subyace muy evidente la presencia de la *aequitas*. En este sentido, USCATESCU BARRON, J. *Acerca de un concepto romano: aequitas. Un estudio histórico-conceptual*. Cuadernos de Filología Clásica. Estudios latinos nº 5. Edit. Complutense. Madrid. 1993, pág. 91.

³¹⁶ D. 4, 3, 1, 2; CICERON, M.T. *De Officiis* III, 15, 61; III, 16, 67; III, 17, 72.

quod metus)³¹⁷ concedidas a las partes que resultan afectadas por la celebración de contratos no solemnes, a medida que estos progresivamente iban apareciendo.

Otras expresiones de la conexión existente entre la *aequitas* y la labor procesal del pretor³¹⁸ lo constatamos en instituciones jurídicas tales como la *denegatio actionis*³¹⁹, en la que el magistrado rechazaba cualquier *actio* entablada por el *actor* en ejercicio de un flagrante abuso de derecho; o bien en el caso de la *cognitio*³²⁰, en cuya virtud aquel podía conocer de una causa iniciada en el ámbito de otra jurisdicción.

A modo de colofón, podemos concluir señalando que la tradicional distinción *ius praetorium* versus *ius civile* refleja el contraste existente entre el *ius aequum* y el *ius strictum*, una manifestación evidente más de la evolución y desarrollo no solo del Derecho romano, sino también de los valores extrajurídicos de la *aequitas* y de la *utilitas*, respectivamente, cuya síntesis, fusión y simbiosis fructificarán para los romanos en la noción de *iustitia*.

³¹⁷ ZIMMERMANN, R. *The Law of obligations*. Cape Town. 1990, págs. 651 y ss.; 662 y ss.; GAUDEMET, J. *Institutions de l'antiquité*. Paris. 1967, págs. 588 y ss.

³¹⁸ CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I. *Op. Cit.* 2009, pág. 46.

³¹⁹ ANKUM, H. *Denegatio actionis*. ZSS n° 102. 1985, págs. 453 y ss.; MURGA GENER, J.L. *Op. Cit.* 1983, págs. 247 y ss., 273 y ss.

³²⁰ MURGA GENER, J.L. *Op. Cit.* 1983, págs. 367 y ss.

Pero es que la interrelación que se entabla entre la *aequitas* y el Derecho romano es tan intensa que no solamente se proyecta sobre el contenido del Derecho de la época republicana romana, sino que va más allá y llega a impregnarse, incluso, en el mismo corazón de la estructura sociopolítica republicana, esto es, en las magistraturas, que, como sabemos, constituyen uno de los pilares sobre los que se asienta la República romana, junto a las asambleas populares y el *Senatus*.

En efecto, la *aequitas* emerge como criterio regidor de la distribución del *imperium* en la magistratura colegiada del consulado³²¹ e, incluso, como punto de contacto con la misma colegialidad de las magistraturas romanas^{322 323}, uno de los signos distintivos y más destacables del nuevo poder político

³²¹ LIVIO, T. *Op. Cit.* 10, 24, 16-17; 22, 25, 10; 22, 26, 7.

³²² FREZZA, P. *L'istituzione della collegialità in diritto romano*. Studi Solazzi. 1948, págs. 507-542.

³²³ PINNA PARPAGLIA, P. *Op. Cit.* 1973, págs. 191 y ss.; MOMMSEN, T. *Le Droit public romain I* (trad. P.F. Girard). Diffusion de Boccard. Paris. 1984, pág. 33, en [http: gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k66262.texteImage](http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k66262.texteImage) (consultado con fecha 21/05/2018); DE FRANCISCI, P. *Dal regnum alla res publica*. SDHI X. 1944, págs. 150 y ss.; GUARINO, A. *La formazione della res publica romana*. RIDA 1948, págs. 98 y ss.; DE MARTINO, F. *Storia della costituzione romana I*. Casa Editrice Jovene. Napoli. 1972, págs. 187, 189, 280, 348.

surgido tras la caída y puesta en fuga del rey Tarquinio el Soberbio (509 a.C.).

Así pues, el *ius gentium* se impregna del valor de la *aequitas* y, de esta simbiosis, el Derecho romano tiende hacia la universalidad³²⁴.

III.2.3. LA AEQUITAS EN EL DERECHO ROMANO CLASICO Y POSCLASICO

Si bien la concepción de la equidad fue asociada con el adagio latino *summum ius, summa iniuria*, sin embargo, esta visión no fue admitida por los juristas clásicos³²⁵, puesto que estos nunca concibieron la equidad en contraposición al derecho, dado que la *aequitas* fue tenida en esta época como un ideal inspirador del ordenamiento jurídico, criterio que se mantuvo presente con motivo de la actividad creadora de los juristas clásicos.

En la época clásica, la *aequitas* no constituye una fuente del derecho, sino que se articula a través de la figura del pretor³²⁶ como un medio para ayudar, corregir, suplir y

³²⁴ IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 2008, pág. 64.

³²⁵ DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 171.

³²⁶ Este protagonismo desmesurado del pretor en la fase *in iure* del proceso romano restará importancia al juez en la fase *apud iudicem*, razón por la cual la *aequitas* no resulta mencionada con profusión en las fórmulas judiciales durante la época clásica. Al respecto, BASTNAGEL, C. *De*

completar el viejo *ius civile*. Por ello, presenta en esta época un carácter más bien objetivo, que entrelazará el *ius* con la realidad y el caso concreto, lo que le permitirá convertirse en un elemento esencial de la mentalidad jurídica romana.

Por ello, el Derecho clásico permite concertar fácilmente *aequitas* y *iustitia*³²⁷, así como también suministra la noción de la *aequitas naturalis*³²⁸, como motor de cambio, que da paso a un nuevo derecho adaptado a las necesidades presentes en detrimento del viejo *ius civile*. En esa misma línea de argumentación, la *aequitas* tiende a identificarse con la *iuris ratio*, lo que le confiere la categoría de modelo de convivencia social, que excede propiamente el ámbito jurídico.

Las transformaciones políticas que experimenta la Roma imperial a partir del siglo IV d.C. influirán sobremanera en la propia concepción de la *aequitas* romana, dada la evolución misma del Derecho romano en este período (Derecho romano postclásico).

aequitate in iure romano. *Bulletino dell' Instituto di Diritto Romano (BIRD)* n° 45. 1938, pág. 360.

³²⁷ IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 2008, pág. 58.

³²⁸ CARON, P.G. *Op. Cit.* 1971, pág. 10.

Dos son las versiones predominantes³²⁹ sobre la evolución de la *aequitas*: bien la que considera que su desarrollo es lineal desde el siglo II a.C. hasta Justiniano con la superación del procedimiento *per formulas* y la instauración de la *cognitio extraordinem*, hasta convertirse en la misma esencia del *Ius* (*Ius aequum*); o bien la que, basándose en factores tales como los cambios acaecidos en la Roma del Dominado³³⁰, la pérdida de la romanidad, y el advenimiento del cristianismo (Edicto de Milán, 313 d.C., Edicto de Tesalónica, 380 d.C.), asumirá que la *aequitas* ya no forma parte del *Ius*, al haber llegado incluso a prevalecer sobre él.

En el período posclásico del Derecho romano la equidad coincidió con valores extrajurídicos³³¹ como la clemencia, la benignidad, la caridad, la humanidad, o la *pietas*, lo que permitirá su incorporación al Derecho romano. No podemos olvidar al respecto que la irrupción del cristianismo a lo largo del Bajo Imperio y de la época de Justiniano, fuera ya de la clandestinidad, influirá considerablemente en la contraposición

³²⁹ PEREZ VIVO, A. *El principio de equidad en el novus ordo político y legislativo del siglo IV*. Resumen de la tesis doctoral. 1983, pág. 330, en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/55021/1/Anales_Fac_Derecho_02_16.pdf (consultado con fecha 2/06/2018).

³³⁰ BRASIELLO, U. *Premessa relativa allo studio dell'influenza del cristianesimo sul diritto romano*. Scritti in onore di Contardo Ferrini II. Milano. 1947, págs. 1-29.

³³¹ DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 171.

entre el *ius strictum* (*ius civile*), por un lado, y el *ius aequum*, la *iustitia*, la *benignitas* y la *bona fides*, por otro³³², circunstancia esta nada despreciable, puesto que arrojará una nueva concepción de la *aequitas*, que ya no será como en la época clásica un instrumento de perfección de la *iustitia* ante la rigurosidad del *ius*, sino que se presentará más bien como una versión edulcorada del *ius* por efecto de la misericordia³³³, en los términos concebidos por la patrística, según el pensamiento de San Patricio.

Aunado al pretor y a la jurisprudencia el que a la penetración de la *aequitas* en el ámbito del derecho se refiere, tampoco podemos prescindir del aporte en tal sentido realizado por los emperadores en sus constituciones imperiales, mandatos y rescriptos (*leges*), sobre todo tras la promulgación de los Edictos de Milán (313 d.C.) y Tesalónica (380 d.C.), respectivamente, que toleran y reconocen al cristianismo religión oficial del Imperio. Por su través, la equidad abandona su tinte pagano, impregna el proceso romano³³⁴, y se incorpora al derecho hasta llegar a prevalecer sobre él, de suerte que se erige en un principio superior, ahora entendido como patrimonio del emperador, que no solo representa un elemento

³³² GAUDEMET, J. *L'église dan l'Empire romain (IVe-Ve siècles)*. Sirey. Paris. 1958, págs. 508, 509.

³³³ CARON, P.G. *Op. Cit.* 1971, págs. 8, 9.

³³⁴ D. 6, 1, 38

que introduce cambios y configura el derecho, tal como sucedía con la *aequitas* en el *ius praetorium*³³⁵, sino que, además, llega a transformar y modificar la esencia misma del derecho vigente.

Así, por ejemplo, Diocleciano³³⁶ concederá la *actio utilis propter aequitas rationem*³³⁷; Severo y Antonio recurren a la *aequitas* para tratar de justificar determinadas decisiones³³⁸, al igual que otros emperadores más, entre ellos Gordiano³³⁹, Alejandro Severo³⁴⁰, Antonino Pío³⁴¹, Marco Aurelio³⁴², o el mismo Caracalla³⁴³.

Sin embargo, de entre todos ellos, será Constantino quien realizará la mayor aportación al Derecho romano en este apartado, pues propondrá con carácter general incluso con anterioridad al reconocimiento del cristianismo, la presencia de la *aequitas* como verdadero factor corrector del *ius civile -ius*

³³⁵ USCATESCU BARRON, J. *Op. Cit.* 1993, págs. 98, 99.

³³⁶ BRASIELLO, U. *Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali, I: L'aspetto innovativo-interpretativo*. Studi in onore Francisci IV. Giuffrè. Milano. 1956, págs. 471 y ss.

³³⁷ *Codex* 3, 42, 8, 1

³³⁸ *Codex* 6, 2, 1; 4, 32, 2.

³³⁹ *Codex* 4, 32, 3.

³⁴⁰ D. 4, 31, 5 y 6; 5, 21, 1.

³⁴¹ D. 4, 1, 7.

³⁴² D. 50, 8, 12;

³⁴³ D. 19, 2; 19, 9.

strictum-, ante el reto de acoger las nuevas exigencias impuestas por esta religión, cuyo influjo, tras su oficialización como credo religioso del Imperio, impregnará todos los ámbitos de la vida, incluido el derecho³⁴⁴. Con ello se consuma la asimilación entre la *aequitas* y otros valores extrajurídicos (*benignitas*, *clementia*, *humanitas*³⁴⁵ y *charitas*³⁴⁶), de tal manera que los contornos imprecisos y poco definidos de la primera permitirán que, merced a su fuerza expansiva y avasalladora, llegue a prevalecer sobre un *Ius* en declive.

Y es que la llegada de Constantino al poder propiciará la implantación de un nuevo orden político y legislativo en Roma³⁴⁷: así es, la concepción clásica de *Res Publica*, concreta y carente de institucionalidad, dará paso a una nueva más abstracta presidida por el tránsito de la *utilitas omnium* a la *utilitas publica*³⁴⁸, en una clara manifestación de relegamiento del interés privado del ciudadano respecto del que es común de la colectividad, superior a aquel.

³⁴⁴ GAUDEMET, J. *La législation religieuse de Constantin*. Revue d'histoire de l'Église de France n° 33. 1947, págs. 38 y ss. En sentido contrario, BIONDI, B. *Diritto romano cristiano I*. Milano. 1952, págs. 119-130.

³⁴⁵ BIONDI, B. *Humanitas nelle leggi degli imperatori romano-cristiani*. Fontes Ambrosiani XXVI. Milano, 1951.

³⁴⁶ DAZA, J. *Op. Cit.* 1988, págs. 1226-1231.

³⁴⁷ PEREZ VIVO, A. *Op. Cit.* 1983, pág. 331.

³⁴⁸ GAUDEMET, J. *Utilitas publica*. Revue Historique de Droit Français et étranger (RHD). 1985, págs. 465 y ss.

Constantino hará prevalecer la *aequitas* en cualquier tipo de situación sobre el derecho estricto, ya que “*placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*”³⁴⁹, de tal modo que las decisiones se adopten “*congruit aequitati*”, es decir, que la *aequitas* representa una guía en la legislación y en la administración de justicia^{350 351}. Todavía aquí Constantino se hace eco de una noción clásica de la *aequitas*, como si fuera igual a la *iustitia*, y en una constitución posterior (316 d.C.)³⁵² se reserva el poder soberano de interpretar la ley³⁵³.

En las constituciones de Constantino³⁵⁴ la denominada *aequitatis ratio* se repite en muchas ocasiones con significados parcialmente distintos, pero todos ellos se basan en su concepto clásico³⁵⁵. En otro lugar, sin embargo, adquiere un nuevo significado más acorde con la nueva concepción asumida por el ordenamiento jurídico, una suerte de razón que justificaría la

³⁴⁹ *Codex* 3, 1, 8 (314 d.C).

³⁵⁰ *Codex* 7, 22, 3.

³⁵¹ Muchas leyes posteriores posclásicas y justinianas se referirán a la fórmula de Constantino, entre ellas, CTh. (8, 15, 3; 10, 18, 2, 1); *Novellae* (7, 11; 5 pr., 3 pr.; 7, 3, 13 pr.; 24, 1; 27, 5; 31, 2; 34, 4).

³⁵² *Codex* 1, 14, 1.

³⁵³ CARON, P.G. *Op. Cit.* 1971, pág. 9.

³⁵⁴ Respecto del *Ius novum*, KASER, M. *Op. Cit.* 1982, págs. 21 y 22.

³⁵⁵ SILLI, P. *Mito e realtà dell' "Aequitas christiana"*. Giuffrè. Milano. 1980, pág. 80.

excepción, con una significación plenamente técnica³⁵⁶ desarrollada para responder a las nuevas exigencias del sistema, ajena al tenor de lo entendido por el habla común.

Así pues, la legislación de Constantino entiende la *aequitas*, muy a menudo, en un sentido clásico; en otras ocasiones, no obstante, la concibe bajo uno nuevo que enlaza con el anterior, como fuente del derecho, para el supuesto de que, de establecerlo así la voluntad del emperador, se atiende al caso concreto y singular para justificar la derogación de la norma general.

Por lo tanto, de un estudio particularizado de las epístolas de Constantino podemos concluir, en primer lugar, que el significado atribuido a la *aequitas* resulta más que diverso³⁵⁷ y que, además, se detecta claras diferencias entre los términos *aequitas* y *επιεικεια*³⁵⁸, puesto que, mientras el primero conserva siempre un matiz técnico, muy romano (la relevancia del caso singular y particular que justifica derogar la regla general), el segundo expresa más bien una noción mucho más amplia e indeterminada, que también incluye la *aequitas*, pero que acoge, además, un considerable conjunto de connotaciones genéricas y

³⁵⁶ CTh. 9, 1, 6.

³⁵⁷ SILLI, P. *Op. Cit.* 1980, págs. 164, 165.

³⁵⁸ SILLI, P. *Op. Cit.* 1980, pág. 166.

jurídicamente atécnicas, que podrían reagruparse bajo la perspectiva común de una virtud de índole personal.

No olvidemos tampoco, como hemos anunciado con antelación, que ya en época imperial la *cognitio extra ordinem* logra desplazar y sustituir al procedimiento clásico, lo que propiciará, entre otras novedades, la reconducción a una sola fase de las dos anteriores del procedimiento de las *legis actiones* y del formulario (*per formulam*), así como también la aparición del carácter apelable de las sentencias.

Y así, por ejemplo, en lo concerniente a la revisión de una sentencia, la solución de la controversia se efectuará “*aequitate terminum capiat*”³⁵⁹, de tal manera que la decisión se ajuste *aequitate et iustitia*³⁶⁰ al caso concreto, bajo el deber de velar por la coherencia y equidad de aquella³⁶¹, hasta el punto de aplacar o aligerar el rigor del derecho, puesto que, también le corresponde interpretar el derecho al mismo emperador según los términos de la ley y de la equidad³⁶², incluso en una materia tan rígida como la penal³⁶³.

³⁵⁹ CTh. 1, 5, 33.

³⁶⁰ CTh. 11, 39, 1.

³⁶¹ *Codex* 7, 22, 3.

³⁶² CTh. 1, 2, 3.

³⁶³ CTh. 1, 9, 6.

En el plano procesal debemos hacer mención a la ligazón entre la *aequitas ratio* con un determinado procedimiento especial, cual es el de la *episcopalis audientia*³⁶⁴, lo que confirmaría el cambio producido en el nuevo orden implantado por Constantino, toda vez que con anterioridad este recurso se basaba fundamentalmente en la *επιεικεια*.

La llegada al poder del emperador Justiniano (535 d.C.) reimpulsará el papel de la *aequitas* junto a otros principios cristianos en el Derecho romano³⁶⁵, superando con ello la desigualdad propia del viejo, aristocrático y señorial derecho³⁶⁶: por un lado, se impone a los magistrados el deber de prestar juramento en la observancia y actuación con arreglo a ella³⁶⁷; al mismo tiempo la actividad del legislador establece correctamente lo divino y lo humano, con el fin de eliminar toda iniquidad³⁶⁸; y, además, se entiende que la justicia debe ser

³⁶⁴ CUENA BOY, F. *La episcopalis audientia*. Universidad de Valladolid. Valladolid, 1985; VISMARA, G. *Ancora sulla "episcopalis audientia" (Ambroggio arbitro o giudice?)*. SDHI n° 53. 1987, págs. 53 y ss.

³⁶⁵ BIONDI, B. *Il diritto romano cristiano I. Orientamento religioso della legislazione*. Giuffrè. Milano. 1952, págs. 119-130; *Giustiniano primo principe e legislatore cattolico*. Milano. 1936; GUARINO, A. *Equità*. Nuov. Dig. VI. Torino. 1960, págs. 619-624.

³⁶⁶ CARON, P.G. *Op. Cit.* 1971, págs. 9, 10.

³⁶⁷ *Novellae* 8.

³⁶⁸ *Constitutio Deo Auctore* 1.

administrada como mejor y más equitativamente sea posible³⁶⁹, puesto que el juez debe resolver en cada caso concreto conforme a la *aequitas*³⁷⁰.

Así pues, vemos que existe una *aequitas* legal, amén de una *aequitas* judicial³⁷¹, lo que trasladado al seno del Derecho romano, permite explicar su adaptabilidad y flexibilidad, una habilidad necesaria para sortear las fluctuaciones históricas y jalonar los distintos períodos intermedios hasta llegar a nuestros días, sino en calidad de derecho positivo vigente, sí, cuando menos, de derecho plenamente vivo inoculado en el derecho actual.

Bajo esta consideración, la *aequitas* se erige en un ordenamiento jurídico superior al *ius*, para convertirse en una fuente autónoma del mismo³⁷². En este caso la *aequitas* aparece como un principio inspirador, con funciones variadas: ya regular casos concretos no regulados por la ley, ya servir de criterio hermenéutico en la interpretación del derecho conforme a la voluntad del emperador, o incluso fungir como principio

³⁶⁹ *Constitutio Deo Auctore* 6.

³⁷⁰ *Novellae* 17, 3; 25, 2; 26, 3 pr.; 78, 2; *Edictum Theoderici* 9, 1, 2; 9, 3 pr.; D. 50, 17, 90; 13, 4, 4, 1; 25, 3, 5, 2; 15, 1, 32 pr.; 4, 2, 23, 1-2; 11, 7, 14, 13; 39, 5, 31, 1; 50, 13, 2; 2, 14, 52, 3; *Institutiones* 2, 14 pr.; 2, 19, 6; 3, 2, 3; 3, 5, 1; 3, 9, 2.

³⁷¹ CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I. *Op. Cit.* 2009, págs. 57, 58.

³⁷² D. 25, 3, 5, 2; 15, 1, 32 pr.; 39, 2, 2, 5; 6, 2, 17; 15, 1, 32 pr.; 22, 6, 5.

integrador ante lagunas legales con el fin de alcanzar la justicia. Ello incidirá en todos los ámbitos del Derecho romano, sobre todo el procesal, lo que se traducirá en un incremento considerable de las *actiones arbitrariae*³⁷³, donde el juez decide *ex bono et aequo*³⁷⁴; y en la proyección del arbitrio equitativo judicial a todo tipo de acciones, incluidas las *actiones in ius*³⁷⁵, sobre la base de otras similares en equidad (*actiones in aequitatem*), merced al influjo del cristianismo en general, junto a las nociones de misericordia y benignidad cristianas en particular³⁷⁶.

Por otra parte, en tanto que la *aequitas naturalis* clásica se identifica con una visión de la *iustitia* acorde con una realidad objetiva entendida desde un plano jurídico, en clara sintonía con la acepción propia del *ius naturale* clásico, la *aequitas naturalis* justiniana³⁷⁷ se identifica con el *ius naturale* de origen divino, ahora ya reputado como fuente autónoma del derecho.

Si bien Justiniano mantiene por razones históricas la clasificación *ius strictum / ius aequum*, lo cierto es que, bajo su mandato y como consecuencia de su anhelo desmedido por la

³⁷³ BIONDI, B. *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis*. Palermo, 1913.

³⁷⁴ *Institutiones* 4, 6, 31.

³⁷⁵ MAGDELAIN, A. *Les actions civiles*. Sirey. París, 1953.

³⁷⁶ CARON, P.G. *Op. Cit.* 1971, pág. 11.

justicia, solo existirá el *ius aequum*, lo que implicará el predominio de la *aequitas*³⁷⁸ y la consiguiente superación del binomio de opuestos (*ius-aequitas*) que formularía en su momento Constantino³⁷⁹, ante la identificación y asimilación de ambos conceptos.

Aun así, podemos constatar con Justiniano que, no obstante la contraposición de la *aequitas* y el *ius* abanderada por el emperador Constantino, se produce un retorno parcial hacia la jurisprudencia clásica, dada la idiosincrasia romana, tan proclive a no romper abruptamente con sus tradiciones y principios³⁸⁰, al preferir el desuso de una norma y su consecuente muerte por inanición, antes que su radical extinción por vía de la derogación.

El cristianismo esculpirá el contenido de la *aequitas*, que adquiere unos contornos determinados: en efecto, asume la función de interpretar benignamente las leyes; permite superar instituciones históricas tan arraigadas como la esclavitud³⁸¹, después de haber ido favoreciendo paulatinamente las condiciones de vida del esclavo y de haber propiciado su

³⁷⁷ Al respecto, BIONDI, B. *Op. Cit.* II. 1952, pág. 34.

³⁷⁸ *Novellae* 2, 5.

³⁷⁹ *Codex* 3, 1, 8.

³⁸⁰ D. 1, 1, 10 pr.

³⁸¹ LACTANCIO. *Instituciones Divinas* 5, 15. Gredos. Madrid. 1990.

liberación (*favor libertatis*) y manumisión (*manumissio in ecclesia*)³⁸²; al mismo tiempo integra el derecho natural como elemento medular³⁸³; y, por fin, se erige en un principio-valor supremo que encarna la verdadera esencia de la justicia³⁸⁴. Esta perspectiva más religiosa, sin embargo, tenderá a expandirse hacia otra versión más laica, como lo demuestra el hecho de que los glosadores³⁸⁵ llegaran a asimilar la *aequitas* con la *iustitia naturalis*.

Por ello la tendencia a la identificación de la *aequitas* con la *humanitas* propiciará una nueva concepción del hombre y de la sociedad, lo que contribuirá a instaurar en tiempos del emperador Justiniano la creencia de una igualdad esencial entre todos los hombres *-nova ratio humanitatis-*³⁸⁶.

En suma, pues, podemos concluir este punto señalando que tanto la utilidad concebida por Cicerón, cuanto la adoptada posteriormente por parte de los juristas romanos clásicos y posclásicos, toda vez que es equiparada y se entrelaza con la

³⁸² En torno a la consideración de la esclavitud como una institución netamente económica, DEL GRANADO, J.J. (trad. M. Marzetti). *La genialidad del derecho romano: una perspectiva desde el análisis económico del derecho*. Revista do Ministério Público do RS nº 63. Porto Alegre. 2009, págs. 186, 187.

³⁸³ ISIDORO DE SEVILLA. *Ethimologiae*, Libro 10 adv. *Aequus*.

³⁸⁴ TOMAS DE AQUINO. *Summa Theologica*. 2, 2, 61a.2; 2, 2, 57a.1.

³⁸⁵ BALDO DEGLI UBALDI. *Commentarii ad Digestum vetus* 1, 1, 9, not. 4.

³⁸⁶ PEREZ VIVO, A. *Op. Cit.* 1983, pág. 337.

idea de honestidad, nos presenta una visión de aquella claramente proyectada hacia la sociedad³⁸⁷, lo que deja ya entrever el contraste que se plantea entre las nociones de *utilitas* y *iustitia*, un debate plenamente vigente también en los siglos XX y XXI de la mano de la teoría del análisis económico del derecho (AED).

IV. *IUSTITIA* Y DERECHO ROMANO: SINTESIS ENTRE *IUS PRAGMATICUM* Y *AEQUITAS*

IV.1. INTRODUCCION

La noción de justicia no se presenta siempre uniforme³⁸⁸, sobre todo si partimos de su visión fronteriza multidisciplinar por tratarse de un concepto que excede lo propiamente jurídico.

Dos son las definiciones tradicionales que nos aportan las fuentes romanas a propósito de la *iustitia*: una, de Cicerón, como "*habitus animi, communi utilitate conservata sua cuique*

³⁸⁷ IGLESIAS, J. *El espíritu del Derecho Romano*. Universidad Complutense. Madrid. 1984, págs. 30, 31.

³⁸⁸ BURDESE, A. *Sul concetto di giustizia nel diritto romano*. ASD números 14-17. 1970-1973, pág. 108.

tribuens dignitatem"³⁸⁹; y otra, procedente del jurista Ulpiano³⁹⁰, como "*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*"³⁹¹.

Si bien ambas presentan un aparente punto de encuentro merced a sus connotaciones morales *-virtus-*, lo cierto es que, si profundizamos más en el análisis, podremos extraer algunas matizaciones dignas de consideración que pasamos a exponer.

En efecto, Cicerón pone de relieve en su definición un componente sustentado en las ideas de dignidad y de utilidad, con lo cual el término se impregna de un tinte marcadamente filosófico.

Sin embargo, Ulpiano centra su definición más bien en la necesidad de atribuir a cada uno su derecho, entendido aquí este en la órbita de lo que el jurista Celso reputaba como el arte de lo bueno y de lo justo (*ars boni et aequi*)³⁹², dando cabida con

³⁸⁹ CICERON, M.T. *De inventione* 2, 53, 160.

³⁹⁰ D. 1, 1, 10 pr.

³⁹¹ FALCONE, G. *Ius suum cuique tribuere*. Studi Martini I. Milano. 2008, pág. 971; CORBINO, A. *Ius suum cuique tribuere. Osservazioni minime sulla definizione ulpiana di giustizia (D. 1,1,10 pr. e Rhetor. ad Her. 3,2,3)*. Homenaje al Profesor A. Torrent. Dykinson. Madrid. 2016, págs. 155-165.

³⁹² TALAMANCA, M. *L'aequitas naturalis e Celso in Ulp. D 12, 4, 3, 7*. BIDR 96, 97. 1993-1994, págs. 1 y ss.; GORIA, F. *La definizione del diritto di Celso nelle fonti greche*, en G. Santucci (cur.) *Aequitas*. Giornate in memoriam di Paolo Silli. Padova. 2006, pág. 280.

ello a la relación que media entre la *aequitas* y la *iustitia*, puesto que, ante la pregunta de cómo se efectúa y lleva a cabo la atribución a cada uno de su derecho, entendido este ejercicio como una “ecuación resbaladiza”³⁹³, podríamos alcanzar una respuesta recurriendo al auxilio que significa la toma de una decisión *ex bono et aequo*.

No obstante, el concepto de *iustitia* no se presenta de manera uniforme a lo largo de la extensa evolución del Derecho romano. No olvidemos al respecto, dado su protagonismo, la influencia que ejercería en el obrar de los juristas romanos el pensamiento ético griego, importante hasta el punto de llegar a imprimir una nueva concepción de lo que se entendía por lo justo (*bonum et aequum*)³⁹⁴, basada sobre todo en factores intrínsecos a la relación jurídica y a sus circunstancias, mucho más que en las meras formalidades, sin que ello justifique necesariamente aceptar los excesos con que los retóricos griegos y romanos³⁹⁵ concibieron la *aequitas*, todos ellos incompatibles en gran medida con el principio de seguridad jurídica.

Al margen de las fluctuaciones que puedan producirse en cada período histórico en cuanto al significado y contenido de

³⁹³ TORRENT, A. *El concepto de iustitia en los juristas romanos*. RIDROM n° 20. Abril 2018, pág. 96.

³⁹⁴ DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 106.

³⁹⁵ SCHULZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 152, 153.

la *iustitia*, no perderá su cualidad de gran virtud (*virtus*), condensada magistralmente en los *tria iuris praecepta* por Ulpiano (*honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*)³⁹⁶, de los cuales el tercero arroja su perspectiva más jurídica y, añadido a los otros dos, todos ellos reforzarán la idea de *iustitia* cual emblema y modelo de conducta, no solo para los *iuris prudentes*, sino también para los órganos judiciales, en lo que a la aplicación del *ius* concierne.

Tal será la conexión entre la *aequitas* y la *iustitia* como prueba de civilidad y progreso, que la primera moldeará coyunturalmente la concepción de la segunda entre los romanos³⁹⁷. Así sucedió, por ejemplo, con situaciones aceptadas en otros pueblos primitivos (bárbaros, en la concepción de los romanos), como el caso del incesto³⁹⁸, práctica que la sociedad romana denostaba, hasta el punto de ser repudiada y condenada en Roma.

También será la *aequitas* la que justificará, en torno a la idea de lo justo, el tratamiento diferenciado *-ius singulare-* como privilegio (*privilegium*)³⁹⁹ hacia ciertas situaciones o personas,

³⁹⁶ D. 1, 1, 10, 1.

³⁹⁷ CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I. *Op. Cit.* 2009, pág. 47.

³⁹⁸ IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 2008, pág. 342.

³⁹⁹ En torno a la relación entre *ius singulare*, *beneficium* y *privilegium*, FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Op. Cit.* 2207, págs. 381-383. Ver también TUCCI, G. *I privilegi*. (Tratatto di Diritto Privato, dirigido por P. Rescigno).

tal como ocurrió con el sector castrense en Roma, y como prueba fidedigna de lo afirmado lo constatamos con la dispensa de ciertas formalidades y requisitos exigidos en el otorgamiento del testamento militar⁴⁰⁰.

La *aequitas* romana, impregnada de la filosofía griega, influida por la cultura oriental, inoculada del espíritu cristiano, y moldeada por el estoicismo, logrará delinear el modelo de la *iustitia* dirigida a la consecución de una *societas aequa*. A su vez, permitirá reprobar algunas conductas injustas, al imponer un castigo más severo, tal como ocurrió con el caso del cobro excesivo de intereses *-usurae-* en la práctica del préstamo dinerario.

Cicerón, principalmente, contribuirá con su obra y pensamiento en el diseño de una *societas aequa*⁴⁰¹, correspondiente a una nueva cualidad, *aequabilitas*, que coadyuvará a desentrañar y entender las relaciones entabladas entre nociones diversas pero entrelazadas (*ius, aequitas y iustitia*).

Torino. 1985, pág. 452; ANDRIOLI, G. *Dei privilegi*. Comm. Cod. Civile. (Scialoja-Branca). Bologna - Roma, 1958.

⁴⁰⁰ BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, págs. 601-602.

⁴⁰¹ BIONDI, B. *Diritto romano cristiano II*. La Giustizia - Le persone. Milano. 1952, págs. 28 y ss.

Sí pues, la conexión entre *aequitas* y *iustitia* se impregnará del pensamiento cristiano de algunos juristas y filósofos, como sucede en el caso de Lactancio⁴⁰², cuyo ideario influirá sobre el punto aquí tratado en la mayor parte de los textos legislativos del emperador Constantino⁴⁰³, a los que ya nos hemos referido y, por tanto, nos remitimos.

IV.2. ATISBOS DE CONEXIÓN, *MUTATIS MUTANDIS*, ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO (AED)

IV.2.1. A MODO DE PREAMBULO

Si como hemos tratado de explicar con anterioridad, la noción de *iustitia* fue moldeándose en Roma a través de los tiempos y de las distintas épocas del Derecho romano⁴⁰⁴ y, además, en dicha labor, tanto los principios de la *utilitas*, en clara congruencia con el pragmatismo romano, y el de la *aequitas*, tan en consonancia con la sociedad y cultura romanas, se convirtieron en dos de los más sólidos pilares, entendemos que, *mutatis mutandis*, esto es, salvando las distancias y cambiando lo que haya que cambiar, estamos en presencia de

⁴⁰² PEREZ VIVO, A. *Op. Cit.* 1983, pág. 332.

⁴⁰³ PICHON, R. *Lactance: Étude sur le mouvement philosophique et religieux sous le règne de Constantin.* Hachette. París. 1901, págs. 448 y ss.

⁴⁰⁴ ROBLES VELASCO, L.M. *Aequitas y sus relaciones con la equity: diferencias, similitudes e influencias.* RIDROM nº 10. 2013, págs. 294 y ss.

un planteamiento que, traducido y trasladado al ámbito de nuestros días, bien nos podría reconducir a uno de sus más actuales debates, cual es la conexión que gravita entre el derecho y la economía sobre la base del binomio conformado por la eficiencia y la equidad por lo que a la toma de decisiones se refiere mediante el recurso a las normas jurídicas.

Todo lo afirmado hasta aquí nos lleva a superar concepciones pasadas, simples y reduccionistas, puesto que la economía ha logrado extender sus linderos tradicionales⁴⁰⁵ y se nos presenta ya bajo una visión amplia y global, que enfoca su objetivo científico hacia el análisis y estudio de la selección racional de los recursos limitados⁴⁰⁶ frente el reto de satisfacer

⁴⁰⁵ COASE, R.H. *Economics and Contiguous Disciplines*. Journal of Legal Studies (J. Leg. Stud.) nº 7. 1978, pág. 201.

⁴⁰⁶ La maximización y racionalidad del comportamiento estratégico humano en sus diversos grados implica la ordenación de las preferencias en aras de la adopción de la que más convenga. Asoma aquí la sugerente y original integración de la teoría de los juegos en el campo de la economía con abundantes implicaciones en el mundo del derecho. Al respecto, BAIRD, D.G.; GERTNER, R.H.; PICKER, R.C. *Game Theory and the Law*. 18^a ed. Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1994; KREPS, D.M. *Curso de Teoría Microeconómica*. Mac-Graw-Hill. Madrid. 1995, pág. 11; KRAUSE, M. *La Teoría de los Juegos y el Origen de las instituciones*. Libertas nº 31. 1999, en http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/13_6_Krause.pdf (consultado con fecha 29/10/2017).

las necesidades humanas⁴⁰⁷, o intereses propios⁴⁰⁸, en un claro sentido de la noción de utilidad ya expresado por J. Bentham en el siglo XVIII⁴⁰⁹.

En efecto, la eficiencia social⁴¹⁰ articula la relación entre el derecho y la economía en la toma de decisiones concernientes a la asignación y distribución de los recursos limitados⁴¹¹. Si las normas jurídicas no son eficientes, resultan injustas, por no administrar debidamente los recursos escasos y, por tanto, despilfarrarlos. El efecto expansivo de este razonamiento es tal, que diluye la ideología y los fines perseguidos⁴¹², que resultan mediatizados en función de los resultados. Bien entendido este argumento, nos puede conducir a la invocación de la racionalidad pragmática de las leyes⁴¹³, en la medida que por

⁴⁰⁷ BECKER, G.S. *The Economic Approach to Human Behavior*. University of Chicago Press. Chicago and London. 1978, págs. 3 y ss.

⁴⁰⁸ POSNER, R. A. *El análisis económico del derecho*. 2ª ed. Fondo de Cultura Económica. México. 2007, pág. 25.

⁴⁰⁹ POSNER, R. A. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge. MA Harvard. University Press. 2001, págs. 54-57.

⁴¹⁰ CASALMIGLIA, A. *Justicia, eficiencia y optimización de la legislación*. Documentación Administrativa nº 218-219. 1989, págs. 113-151.

⁴¹¹ DOMENECH PASCUAL, G. *Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho*. Revista de Administración Pública nº 195. 2014, págs. 104, 105, 120-122.

⁴¹² DOMENECH PASCUAL, G. *Op. Cit.* 2014, págs. 126-127.

⁴¹³ ATIENZA, M. *Sociología Jurídica y ciencia de la legislación*, en *El Derecho y sus realidades*. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica.

medio de este instrumento se debe fomentar y alentar una serie de conductas ajustadas a lo prescrito por la ley, esto es, que dichos comportamientos, además de ser justos, sean eficaces.

Para el AED la disyuntiva entre eficiencia y equidad se salda a favor de la primera⁴¹⁴; en consecuencia, ante una situación determinada, una acción será eficiente cuando incremente los provechos y aminore los costos, en tanto que será equitativa cuando haga disminuir la diferencia de los beneficios distribuidos entre los miembros de la comunidad que se considere. En este sentido, el AED se postula como factor impulsor de la conducta legalmente óptima⁴¹⁵.

A partir de aquí, podemos establecer el puente entre el Derecho romano y el AED, para lo cual procederemos de seguidas a explorar en las vísceras del primero algunas instituciones jurídicas que nos permitan demostrar nuestra hipótesis de trabajo, cual es que la consecución de la *iustitia* en Roma se lograría, entre otras razones, gracias a la conciliación del pragmatismo jurídico y su valiosa matización procedente

(Coord. Bergalli, R.). PPU. Barcelona. 1989, págs. 41-70; *Contribución para una teoría de la legislación*. Doxa nº 6. 1989, págs. 385 y ss.; DOMENECH PASCUAL, G. *Op. Cit.* 2014, págs.122-124.

⁴¹⁴ POSNER, R.A. *The Economics of Justice*. Harvard University Press. Cambridge. 1983, pág. 2; COLEMAN, J. *Efficiency, Auction and Exchange*, en *Markets, Morals and the Law*. Cambridge University Press. 1988, pág. 95.

⁴¹⁵ IBAÑEZ JIMENEZ, J.W. *Análisis Económico del Derecho. Método, investigación y práctica jurídica*. Bosch. Barcelona. 2011, págs. 146 y ss.

del valor exgrajurídico de la *aequitas*, alcanzando con ello el resultado de un equilibrio digno del eximio genio jurídico romano, que perdura hasta nuestros días como un derecho vivo, que continúa ejerciendo su magisterio y proyectando sus más que reconocidas bondades.

IV.2.2. EL DERECHO ROMANO, UN EJEMPLO DE EQUILIBRIO ENTRE EFICIENCIA Y EQUIDAD

En el presente epígrafe se pretende constatar cómo el Derecho romano moldea sus instituciones jurídicas a partir de una visión conjunta del pragmatismo que le es propio, dada la mentalidad práctica romana, aderezado con el influjo del valor extrajurídico de la *aequitas*, todo ello con un objetivo claro y acentuado, cual es la aproximación al concepto de *iustitia* imperante en cada momento histórico.

A tal fin, elegimos algunos ejemplos a través de los cuales podremos corroborar nuestra hipótesis de trabajo ya anunciada: en muchas ocasiones, las decisiones adoptadas por el Derecho romano son fruto de un elaborado proceso de indagación de la solución más justa *-iustitia-*, una síntesis perfecta del *ius pragmaticum* encarnado en el valor de la *utilitas*, junto a un efecto modulador representado por la *aequitas*.

Así sucede, por ejemplo, cuando el convencionalismo social se impregna de pragmatismo en la figura del *tempus lugendi*, período que debía respetar la viuda⁴¹⁶ antes de volver a contraer matrimonio, so pena de infamia, ante la dificultad de determinar la paternidad del hijo *-turbatio sanguinis-* cuando el nuevo matrimonio de la viuda tiene lugar antes de haber transcurrido un plazo suficientemente amplio para despejar dudas en cuanto a la identidad del progenitor de la nueva criatura⁴¹⁷. Y es que, mientras el luto observado por los parientes descansaba en el respeto debido a los dioses Manes del difunto, por lo que a la viuda respecta, la institución del año de luto, además de mostrar el respeto por el marido desaparecido, permitía salvaguardar sus expectativas sucesorias⁴¹⁸, dado que durante mucho tiempo resultaron más bien escasas en Roma, tal como lo demuestra, por ejemplo, el origen del derecho de usufructo, claramente ligado con la protección de la viuda que, tras haber contraído matrimonio *cum manu*, se incorporaba a la familia del esposo y perdía todo derecho sucesorio con respecto a su familia de origen .

⁴¹⁶ VOLTERRA, E. *Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali*. Studi in memoria di A. Albertoni 1. págs. 339 y ss.; *Osservazione sull'obbligo del lutto nel editto perpetuo*. RISG n° 8. 1933, págs. 171 y ss.

⁴¹⁷ LÓPEZ PEDREIRA, A. *Tempus lugendi y secundae nuptiae en Derecho Romano*. RIDROM [on line]. 11-2013. ISSN 1989-1970, págs. 332-377. <<http://www.ridrom.uclm.es>>

⁴¹⁸ GARCIA SANCHEZ, J. *Op. Cit.* 1976, págs. 141 y ss.

Del mismo modo, en sede de la esclavitud, podemos contrastar visos del valor de la *utilitas* como base de un Derecho romano marcadamente pragmático:

En efecto, el esclavo pasó en Roma de ser un miembro más de la familia en la época monárquica, a convertirse en un instrumento de trabajo a comienzos de la República⁴¹⁹, tras las nuevas necesidades surgidas de la conquista de nuevos territorios y la consiguiente adquisición de grandes explotaciones agrícolas.

Además, cuestiones demográficas derivadas del exceso de población, sumadas a los temores suscitados en el poder público de potenciales rebeliones lideradas por libertos, con el grave peligro que representan para el mantenimiento del orden público⁴²⁰, recomendarán poner freno y recortar las manumisiones masivas.

⁴¹⁹ ROBLEDA, O. *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*. Pontificia Università Gregoriana. Roma, 1976; DE MARTINO, F. *Storia economica di Roma antica 1*. Florencia. 1979, págs. 69 y ss. (trad. Madrid. 1985, págs. 85 y ss.).

⁴²⁰ VENTURINI, C. *Sulla legislazione augustea in materia di "manumissione"*. Sodalitas. Scritti in onore di A Guarino Volumen V. Jovene Editore. Nápoles. 1984, págs. 2455 y ss.

Todo ello sin olvidar tampoco que, a pesar de que el esclavo era considerado una cosa (*res*) al servicio de su *dominus -potestas dominica-* y, por ende, carece de titularidad jurídica alguna (en la actualidad carecería de capacidad jurídica), sin embargo, podía celebrar actos y contratos⁴²¹ (en la actualidad contaría con capacidad de obrar), ya lo fuera en nombre de su *dominus*, creando obligaciones civiles de las que respondería el *dominus*, o ya lo fuera en su nombre o interés propio, gestando en este supuesto obligaciones naturales, cuyo nacimiento quedaba sujeto a la condición de alcanzar su libertad.

Esta concepción pragmática de la esclavitud se ve morigerada mediante el influjo del cristianismo, que hace suyos una serie de valores⁴²² *-humanitas, charitas, benignitas-* que tendrán gran impacto a la hora de humanizar el trato y consideración hacia el esclavo⁴²³.

También será el pragmatismo jurídico aunado al factor corrector de la *aequitas* el que justifique las modificaciones y actualizaciones experimentadas en el proceso judicial, pieza clave en el ordenamiento jurídico romano:

⁴²¹ JACOTA, M. *Les pactes de l'esclave en son nom prope*. RIDA n° 13. 1966, págs. 205 y ss.

⁴²² D. 48, 8, 11, 2; 40, 8, 2, 47, 10, 25; *Institutiones Gai* 1, 52-53; CTh. 9, 12, 2.

Así sucede, por ejemplo, con la creación de las *actiones utiles*, surgidas al calor del *ius honorarium*, en las que el pretor ampliaba el campo de aplicación de la acción originaria directa del *Ius civile (rei vindicatio)* y la aplicaba por vía de extensión analógica a otros supuestos parecidos (*actio reivindicatoria utilis*)⁴²⁴ que, al no estar contemplados exactamente en el ámbito de la acción directa del derecho civil, carecían de protección jurídica procesal.

Lo mismo podría decirse en materia de cálculo del valor ante el incumplimiento de una obligación "*quanti ea res est*"⁴²⁵, pues se permite que sean las mismas partes las que convengan privadamente por un acuerdo el monto de la indemnización a través de las *stipulationes poenarum*⁴²⁶, un instrumento que también se extenderá a los supuestos de prestaciones de difícil ponderación pecuniaria.

⁴²³ CASTELLO, C. «*Humanitas*» e «*favor libertatis*». *Schiavi e liberti nel I secolo*. Sodalitas, Scritti in onore di A. Guarino, Vol. V. Jovene Editore. Napoli. 1984, págs. 2175 y ss.

⁴²⁴ VALIÑO, E. "*Actiones utiles*". EUNSA. Pamplona, 1974; SOTTY, R. *Recherches sur les utiles actions. La notion d'action utile en droit romain classique*. Grenoble, 1977.

⁴²⁵ TAFARO, S. *La interpretatio ai verba "quanti ea res est" nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*. Napoli, 1980.

⁴²⁶ ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations: roman Foundations of the Civilian Tradition*. Clarendon Press. Oxford. 1996, pág. 97.

En modo alguno podemos omitir como emblema del pragmatismo romano, sumado al importante componente de la *aequitas*, la creación por parte del pretor, en ejercicio de su *imperium*, que no de su *iuris dictio*, de un instrumento de protección jurídica extraprocesal, como es la *restitutio in integrum*, el ejemplo más radical de *imperium* a cargo del magistrado, a los fines de evitar las consecuencias injustas de un acto jurídico⁴²⁷ mediante la restitución a su estado jurídico anterior, eso sí, siempre que hubieran concurrido determinados requisitos tasados, ante su carácter de recurso extremo (grave perjuicio para una de las partes, concurso de una causa expresamente establecida, e inexistencia de cualquier otro recurso para evitar el perjuicio ocasionado).

En el campo de los bienes y los derechos reales el tinte pragmático del Derecho romano se suma al considerable impacto del valor de la *aequitas* en algunos casos significativos que analizamos:

⁴²⁷ BUIGUES OLIVER, G. *La rescisión de los hechos y actos jurídicos en Derecho romano (Premisa para un estudio de la restitutio in integrum)*. Quiles Artes Gráficas. Valencia, 1992; CERVENCA, G. *Studi vari sulla "restitutio in integrum"*. Giuffrè. Milano, 1965; *Per lo studio della "restitutio in integrum": problematica e prospettive*. Studi Biondi 1. Milano. 1965, págs. 601-630.

Así sucedía, por ejemplo, con la propiedad pretoria o bonitaria que, sin constituir inicialmente un estado permanente sino meramente provisional, merced a la labor del pretor, gozará de protección jurídica mediante la ficción del juego de la *usucapio* a través de la *actio Publiciana*⁴²⁸, de tal forma que ya en la época posclásica la adquisición del dominio se desliga de los modos de adquisición del viejo *Ius civile* y, por ende, la propiedad bonitaria se tiene como verdadero *dominium*⁴²⁹, hasta llegar a desaparecer el *dominium ex iure quiritium* en la época de Justiniano⁴³⁰.

Otro testimonio del juego de la *utilitas* y la *aequitas* lo detectamos en la figura de la expropiación por causa de utilidad pública en Roma⁴³¹, aun cuando su protagonismo fuera muy limitado y parsimonioso⁴³²; o, incluso, en la existencia de

⁴²⁸ BURDESE, A. *Editto Publiciano e funzioni nella compravendita romana*. Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale di Pisa-Viareggio-Lucca del 17-21 aprile 1990, I, Milano, 1991, págs. 119 y ss.

⁴²⁹ VACCA, L. *Il c.d. duplex dominium e l' "actio Publiciana"*, en AA.VV. *La proprietà e le proprietà*, a cura di E. Cortese. Milano, 1988, págs. 39 y ss.

⁴³⁰ *Codex* 7, 25, 1.

⁴³¹ LOZANO Y CORBI, E. *La expropiación forzosa por causa de utilidad pública y en interés del bien común en el Derecho Romano*. Mira Editores. Zaragoza, 1994; DE ROBERTIS, F.M. *La espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*. Istituto di diritto romano. Università di Bari, 1936.

⁴³² SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 183, 271.

limitaciones legales impuestas al derecho de propiedad⁴³³, ya de interés público⁴³⁴ o privado⁴³⁵.

Igualmente sucede en lo que respecta a la conveniencia de atribuir la titularidad de los bienes que carecen de dueño actual a quien los ocupa (*res nullius cedit occupanti*)⁴³⁶, más como refrendo de la seguridad del derecho adquirido, que del propio tráfico jurídico.

Los interdictos posesorios muestran por su finalidad el carácter eminentemente pragmático del Derecho romano, toda vez que pretenden evitar un pleito, amén de preservar la paz y la convivencia armónica de la vida en sociedad, desalentando con ello el ejercicio privado de la justicia mediante el uso de la

⁴³³ Entre otras, Tabla X, 1 (Ley XII Tablas); D. 1, 8, 5; D. 8, 6, 14, 1; D. 8, 4, 13, 1; CTh. 10, 19, 10; *Codex* 8, 10, 12, 4; Tabla VII, 8 y 9 (XII Tablas); D. 43, 27, 1; D. 43, 28, 1; *Codex* 3, 34, 14, 1; D. 7, 1, 30; *Codex* 8, 10, 12, 4; D. 8, 5, 17; D. 43, 8, 2, 43.

⁴³⁴ SARGENTI, M. *Limiti della proprietà e servitù legali*. Il Foro Padano n° 8. 1953, I, págs. 115 y ss.

⁴³⁵ PALMA, A. "*Iura vicinatis*". *Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età clásica*. G. Giappichelli. Torino, 1988.

⁴³⁶ ARNAUD, J.R. *Réflexions sur l'occupation. Du droit romain clasique au droit moderne*. Revue historique de droit français et étranger (RH) n° 46. 1968, págs. 183 y ss.; FRANCIOSI, G. *Occupazione (storia)*. ED n° 29. 1979, págs. 610 y ss.

fuerza⁴³⁷, merced a los mandatos procedentes del magistrado que, en ejercicio de su *imperium*, prohibían e imponían una serie de comportamientos.

Tampoco podemos omitir la necesidad de proteger a la viuda, ante su indefensión patrimonial, lo que justificará el nacimiento del usufructo⁴³⁸; así como la extensión de las facultades del usuario, no sólo limitadas al mero uso, sino extensibles a los frutos de la cosa en función de sus necesidades familiares⁴³⁹; o la misma prohibición que pesaba sobre el habitacionista de ceder gratuitamente la casa sobre la que se había constituido el derecho de habitación⁴⁴⁰, en contraposición al régimen jurídico del usufructo y del uso, que sí lo permitían.

⁴³⁷ PITARCH LLANOS, J.M. *La restitución en la posesión (El interdicto "quod vi aut clam")*. Castellón J.V. Editores, 1995; BIGNARDI, A. *"Controversiae agrorum"*. *Alle origini dell'interdetto "uti possidetis"*. Giuffrè. Milán, 1984.

⁴³⁸ CRIFFÒ, G. *Funzione alimentare dell'usufrutto e problemi connessi in diritto romano*. *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia* 1. 1973, págs. 451 y ss.; VIGNERON, R. *L'antiféministe loi Voconia et les Schleigwege des Lebens*. *Labeo* n° 29. 1983, págs. 140 y ss.

⁴³⁹ CRIFFÒ, G. *Lo schema dialettico "uti frui" ed una congettura sul "fructus sine usu"*. *Études offertes à J. Macqueron*. Aix-en-Provence. 1970, págs. 209 y ss.

⁴⁴⁰ *Codex* 3, 33, 13; *Institutiones* 2, 5, 5. Al respecto, AMIRANTE, L. *Locare habitationem*. *Studi in onore di B. Biondi* 1. Milano. 1965, págs. 455 y ss.

En sede de obligaciones y contratos también podemos entrever pragmatismo jurídico y *aequitas*, en aras de la consecución de la *iustitia*:

Así, por ejemplo, al reconocer la existencia de actos lícitos que, sin constituir un contrato, generaban obligaciones (*pollicitatio, solutio indebiti, gestio negotiorum*), lo que contribuiría a la creación de un *tertium genus, ex variis causarum figuris*⁴⁴¹, base imprescindible de la categoría del cuasicontrato como fuente de obligaciones.

El propio establecimiento de la solidaridad pasiva en las obligaciones estaría orientado al fortalecimiento de la posición jurídica del acreedor⁴⁴², puesto que le permitía elegir al deudor más solvente, cubrir con los demás la posible insolvencia de alguno de sus deudores y, a la vez, extender al resto de deudores las consecuencias de la actuación culposa de uno de ellos.

⁴⁴¹ *Institutiones Gai 3, 91; D. 44, 7, 1. Sobre el particular, VAN OVEN, J.C. Remarques sur Gai 3, 91. Rivista internazionale di diritto romano e antico (IVRA) n° 1. 1950, págs. 21 y ss.; GALLO, F. Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris. BIRD n° 15. 1973, págs. 171 y ss.*

⁴⁴² SACCONI, G. *Studi sulle obbligazioni da contratto in diritto romano*. Giuffrè. Milán, 1973.

Tras los precedentes que representaron en su momento la *delegatio nominis* y la *procuratio rem suam*, un rescripto del emperador Antonino Pío otorga al comprador de una herencia *actiones utiles* para reclamar los créditos comprendidos en ella contra los deudores de la herencia vendida⁴⁴³, sin necesidad de recurrir a la *procuratio in rem suam*, tendencia que se consumará en la época justiniana⁴⁴⁴ con la admisión de la cesión de créditos por el mero acuerdo entre cedente y cesionario, con base en una justa causa (compraventa, donación, legado).

El pragmatismo, en ocasiones, va acompañado de la seguridad jurídica, una expresión más de la *aequitas* en su camino orientado hacia la *iustitia*, como lo demuestra la jurisprudencia romana al fijar el orden legal de imputación de pagos⁴⁴⁵ en el supuesto de que un deudor tenga varias deudas con el mismo acreedor, las pague parcialmente, sin haber imputado el deudor o el acreedor las deudas que se entienden satisfechas⁴⁴⁶.

En el seno de la familia romana, eje de la vida social y, por ende, del derecho, entresacamos y ponemos en evidencia

⁴⁴³ D. 2, 14, 16.

⁴⁴⁴ *Codex* 4,35, 23 y 24.

⁴⁴⁵ SOLAZZI, S. *L'estinzione dell'obbligazione nel Diritto romano*. Jovene Editore. Napoli. 1935, págs. 132 y ss.

⁴⁴⁶ D. 46, 3, 1; D. 46, 3, 5, 3.; D. 46, 3, 97; D. 46, 3, 8.

algunos aspectos que certifican asimismo el pragmatismo del Derecho romano claramente torneado por la *aequitas*:

Así podemos entenderlo cuando tratamos de explicar el incentivo que supone la legitimación de hijos en Roma⁴⁴⁷, a través de una de sus modalidades, cual es la inscripción de un hijo en la curia de su villa natal, o bien la entrega en matrimonio de una hija para ser esposada con un decurión (*per oblationem curiae*)⁴⁴⁸.

Lo mismo sería predicable de la institución jurídica de la dote⁴⁴⁹, que surge como compensación ofrecida a la hija que contrae un matrimonio *cum manu*⁴⁵⁰, ante la consecuencia que genera la ruptura del vínculo con su familia de origen.

Incluso, algunas curatelas especiales también muestran este espíritu práctico y equitativo, como sucede, por ejemplo, con la denominada *cura minorum viginti quinque annorum*, cuya razón de ser estriba en la conveniencia de proteger la inexperiencia del *minor* con motivo de la celebración de actos

⁴⁴⁷ LUCHETTI, G. *La legitimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*. Giuffrè. Milán, 1990.

⁴⁴⁸ *Codex* 5, 27, 3 (y 9 pr.); BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, pág. 547.

⁴⁴⁹ D. 23, 3, 56, 1.

⁴⁵⁰ JORS, P. - KUNKEL, W. *Derecho privado romano* (trad. esp. Prieto Castro, L). Editorial Labor S.A. Barcelona. 1937, pág. 403.

jurídicos hasta la edad de veinticinco años⁴⁵¹, a pesar de contar con plena capacidad a partir de los catorce años (en el caso de tratarse de un varón libre, *civis romanus y sui iuris*). En esta institución jurídica⁴⁵² observamos, una vez más, con meridiana claridad, la necesidad de acometer problemas de la vida práctica y, tras su análisis, aplicarles la solución más justa.

Para cerrar este repaso general del ordenamiento jurídico romano desde una óptica relacionada con su pragmatismo equitativo en aras de un derecho justo, nos detendremos, por fin, en algunas instituciones jurídicas dentro del ámbito de la sucesión *mortis causa*:

Comenzamos con la famosa *fictio legis Corneliae*⁴⁵³, creada para dar validez a la sucesión del ciudadano romano que, habiendo sufrido *capitis deminutio maxima* ante su nueva condición de esclavo, muere sin haber recuperado la libertad. Gracias a dicha *fictio legis*⁴⁵⁴, se presumía que el ciudadano

⁴⁵¹ *Codex* 2, 52, 7.

⁴⁵² CERVENCA, G. "*Cura minorum*" e "*restitutio in integrum*". *BIRD* nº 75. 1972, págs. 235 y ss.; *Studi sulla "cura minorum" 2. In tema di "excusationes" della "cura minorum"*. *BIRD* nº 77. 1974, págs. 139 y ss.

⁴⁵³ D. 28, 1, 12.

⁴⁵⁴ FUENTESECA DIAZ, P. *Orígenes y perfiles clásicos del "postliminium"*. *AHDE* nº 21-22. 1951-1952, págs. 300 y ss.; GARCIA GARRIDO, M.J. *Sobre los verdaderos límites de la ficción en el derecho romano*. *AHDE* nº 27-28. 1957-1958, págs. 305 y ss., en especial 324 y ss.

romano caído en desgracia moría en un instante anterior a su pérdida de libertad y, en consecuencia, lejos de morir como si de un esclavo se tratara, a los efectos jurídicos, se entendía que moría como ciudadano romano libre.

A su vez, con el objeto de evitar la incertidumbre jurídica que comporta la herencia yacente, el Derecho romano instituye la *usucapio pro herede*⁴⁵⁵, una figura en virtud de la cual quien mantiene en su poder una herencia todavía no aceptada por el llamado a ella la puede adquirir mediante el juego de la usucapión sin necesidad de que concurren requisitos tales como el justo título y la buena fe⁴⁵⁶, incluso en el caso de tratarse de bienes inmuebles.

Una anhelada certidumbre jurídica que funge también como principal argumento en la necesidad de asegurar la destinación última de los bienes vacantes⁴⁵⁷ *-bona caduca*⁴⁵⁸⁻, a

⁴⁵⁵ *Institutiones Gai* 2, 54-55. Al respecto, TOMULESCU, C.ST. *Gaius* 2, 55 e l' "*usucapio pro herede*". Studi in onore di G. Grosso 4. Torino. 1971, págs. 417 y ss.

⁴⁵⁶ FRANCIOSI, G. "*Usucapio pro herede*". *Contributo allo studio dell' antica "hereditas"*. Jovene Editore. Nápoles, 1965.

⁴⁵⁷ GAUDEMET, J. *Sobre la Nov. III "de bonis vacantibus", de Antemio*. Études offertes à J. Macqueron. Aix-en-Provence. 1970, págs. 341 y ss.; TELLEGEN COUPERUS, O.E. *Dióclétien et les biens vacants*. Revue d'Histoire du Droit n° 54 1986, págs. 85 y ss.

los fines de asignarles una titularidad que vele por sus intereses y evite la potencial atrofia del tráfico jurídico.

Atisbo de pragmatismo, aunado a la defensa del principio de libertad (*libertas*), rayano de algún modo con la *aequitas*, lo vemos expresado en la relajación de la observancia de algunas formalidades en el otorgamiento de los testamentos extraordinarios (militar⁴⁵⁹, epidemia⁴⁶⁰, campo⁴⁶¹), con la finalidad primordial de respetar la voluntad del testador, incluso ante situaciones tan excepcionales.

Un argumento *pro libertatis* que, concretamente, en sede de testamento (*libertas testatoris*)⁴⁶², se ve imbuido de un pragmatismo, que, sumado con el principio que jerarquiza la sucesión testada sobre la intestada⁴⁶³, permite comprender el

⁴⁵⁸ PROVERA. *La vindictio caducarum, Contributo allo studio del proceso fiscale romano*. Turín, 1964.

⁴⁵⁹ D. 29, 1, 1. Al respecto, GOMEZ-ROYO, E. *El testamento militar en las fuentes jurídicas romanas y griegas*. Estudios homenaje a Valls i Taberner. Vol. XVII. Barcelona. 1991, págs. 5349 y ss.

⁴⁶⁰ *Codex* 6, 23, 8.

⁴⁶¹ *Codex* 6, 23, 31.

⁴⁶² BERNAD MAINAR, R. *De la legítima romana a la reserva familiar germánica*. RIDROM nº 14, abril 2015, págs. 1-63.

⁴⁶³ DAUBE, D. *The Preponderance of Intestacy at Rome*. *Tulane Law Review* nº 39. 1965, págs. 253 y ss.; PEREZ SIMEON, M. *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest: El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria e intestada en el Derecho romano*. Marcial Pons. Madrid, 2001.

fundamento último de la figura de las sustituciones hereditarias, alegato que podríamos replicar también para entender la eficacia y validez práctica de la cláusula codicilar⁴⁶⁴.

Sabidas son las razones de utilidad y equidad que concurren en la institución del beneficio de inventario, una figura creada por Justiniano⁴⁶⁵ con el fin de evitar que la herencia sea repudiada⁴⁶⁶, situación esta considerada un ultraje en la mentalidad romana y en el Derecho romano primitivo, por entenderse irrespetuosa respecto de la voluntad de los antepasados, ya expresada en testamento o, en su defecto, en aplicación de la ley.

Así pues y, a modo de colofón, hemos tratado de poner en evidencia que el Derecho manifiesta un ejemplo de virtuosismo por representar el punto intermedio entre, por un lado, el pragmatismo, una de sus señas de identidad por excelencia, merced a la presencia del valor extrajurídico de la *utilitas*; y, por otro, el efecto morigerador y corrector que aporta otro valor extrajurídico tan sobresaliente como es la *aequitas*.

⁴⁶⁴ NEGRI, G. *La clausola codicillare nel testamento inofficioso. Saggi storico-giuridici*. Giuffrè. Milano, 1975.

⁴⁶⁵ *Codex* 6, 30, 22. Al respecto, REGGI, R. *Ricerche intorno al "beneficium inventarii"*. Giuffrè. Milano, 1967.

⁴⁶⁶ BEDUSCHI, C. *"Hereditas aditio" / L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza romana classica*. Giuffrè. Milán, 1976; BIONDI, B. *Diritto ereditario romano. Parte generale*. Giuffrè. Milano. 1954, págs. 293 y ss.

Es más, podemos sostener sin temor a equivocarnos que, de no coexistir ambos pilares *-utilitas, aequitas-*, con su respectivo juego y encaje, ni la noción de *iustitia* en Roma sería la que hoy conocemos, ni, por tanto, lo sería el propio Derecho romano. Afirmado lo cual, finalizamos ponderando en su justa medida cómo un sistema de acciones y no tanto de derechos⁴⁶⁷, cobra su verdadera dimensión cuando lo catalogamos como un coherente y completo entramado de valores extrajurídicos, que se proyecta sobre la convivencia diaria de los romanos y constituye, en palabras del ínclito T. Mommsen, “*un preciado punto de apoyo a la hora de desarrollar un derecho que se acomode a ciudadanos libres*”⁴⁶⁸.

V. CONCLUSIONES

1.- El Derecho romano se presenta en la actualidad como un referente jurídico inexcusable, plenamente vivo, como lo demuestra el hecho de seguir ejerciendo su magisterio y erigirse

⁴⁶⁷ ROBLEDA, O. *La idea de derecho subjetivo en el ordenamiento romano clásico*. BIRD n° 80. 1977, págs. 23 y ss.

⁴⁶⁸ BURILLO LOSHUERTOS, J. *Persistencia histórica del Derecho romano*. Anales de la Universidad de Murcia. Derecho. Vol. 26, números 1-4. Secretariado de la Universidad de Murcia. Murcia. 1968, págs. 5 y ss., en <http://hdl.handle.net/10201/12295> (consultado con fecha 25/07/2018); IGLESIAS, J. *El Derecho romano y nuestro tiempo*. RDP n° 29. Madrid. 1951, págs. 452 y ss.

en uno de los signos identificadores de la civilización occidental, junto a la filosofía griega y la religión judeo-cristiana. Muchas son las notas que lo caracterizan, entre las cuales podemos destacar el arcaísmo y excesivo formalismo iniciales; el simbolismo y la religiosidad, la simplicidad de soluciones; el casuismo; su nacionalismo; la defensa de la libertad; el individualismo; su respeto por la tradición; reflejar el resultado de una periodización (*ius civile, ius honorarium, ius praetorium, ius gentium, ius novum*); el gran protagonismo otorgado en la producción jurídica a la jurisprudencia; su destacado pragmatismo; la presencia considerable y determinante de valores extrajurídicos en su seno.

2.- A partir de la enumeración anterior, podemos concluir que la noción de *iustitia* en el Derecho romano constituye un punto de convergencia entre su inherente pragmatismo, representado por la noción de *utilitas*, y el valor extrajurídico de la *aequitas*.

La *aequitas* es tan consustancial a Roma, que se erige en una suerte de razón natural, una especie de *ius gentium* previo a la ley escrita, sin que podamos omitir su matiz corrector del derecho durante la república -*ius honorarium*-, o su papel decisivo como motor en la modificación del derecho en la época de los emperadores cristianos durante el Bajo Imperio Romano.

La presencia de la *aequitas* y de la *utilitas* va arraigando paulatinamente en la interpretación del *ius*, de tal forma que ambos se unen de forma indisoluble.

3.- La llegada de Constantino al poder propiciará un nuevo orden político y legislativo en Roma, de tal guisa que la concepción clásica de *Res Publica* dará pasó a una nueva y abstracta, tránsito de la *utilitas omnium* a la *utilitas publica*, lo que se traducirá en una subordinación del interés privado respecto al de la colectividad. De la obra legislativa de Constantino podemos inferir el sentido diverso asignado a la *aequitas* y su contenido claramente diferenciado de la voz *helenica epiqueia*.

Posteriormente, el emperador Justiniano reimpulsará el protagonismo de la *aequitas* en el Derecho romano, hasta convertirse en un ordenamiento jurídico superior al *ius* y en un principio inspirador de aquel, con funciones claramente definidas: regular casos concretos no contemplados por la ley; servir de criterio hermenéutico en la interpretación del derecho conforme a la voluntad del emperador; y asumir el carácter de un principio integrador frente a las lagunas legales.

4.- La conexión entre *aequitas* y *iustitia* en Roma resultará tan estrecha, que la primera llegará a moldear coyunturalmente la noción de la segunda. En dicha labor, tanto los principios de

la *utilitas*, en congruencia con el pragmatismo romano, junto al de la *aequitas*, en consonancia con la sociedad y cultura romanas, se transformaron en dos sólidos pilares, razón por la cual entendemos que, *mutatis mutandis*, presenciamos un planteamiento que, trasladado a nuestros días, nos reconduce a uno de los tópicos más debatidos en el ámbito de la teoría del análisis económico del derecho (AED): la conexión que existe entre el derecho y la economía en lo que a la toma de decisiones concierne, mediante el recurso a la norma jurídica, a partir de la dupla integrada por los valores de la eficiencia y de la equidad.

5.- En muchas ocasiones, las soluciones adoptadas por el Derecho romano son una consecuencia de un proceso de búsqueda de la propuesta más justa, que nace de la síntesis perfecta entre el pragmatismo *-utilitas-* y un influjo modulador representado a través de la *aequitas*. Así es, el Derecho romano pergeña sus instituciones a partir del pragmatismo *-utilitas-* y de la *aequitas*, con un objetivo claro y concreto: aproximarse a la noción fluctuante de *iustitia* que impera en cada momento histórico.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ACKERMAN, B. *Law and economics in an activist state*. Working paper # 2. Center for Law and Economic studies. Columbia Law School. New York, 1983.

ALBANESE, B. *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*. Ius n° 10. 1959, págs. 431-444.

AMELOTTI, M. *Per la ricostruzione di una legge di Teodosio II*. Studi in onore di P. De Francisci Vol. 2. Milán. 1956, págs. 308 y ss.

AMIRANTE, L. *Locare habitationem*. Studi in onore di B. Biondi 1. Milano. 1965, págs. 455 y ss.

ANDRIOLI, G. *Dei privilegi*. Comm. Cod. Civile. (Scialoja-Branca). Bologna-Roma, 1958.

ANKUM, H. *Utilitas causa receptum*. RIDH n° 15. 1968, págs. 115 y ss.

Denegatio actionis. ZSS n° 102. 1985, págs. 453 y ss.

ARANGIO-RUIZ, V. *Le genti e la città*, en *Scritti de diritto romano* 1. Camerino. 1974, págs. 519 y ss.

La gens y la ciudad. Messina, 1914.

Istituzioni di diritto romano. 14^a ed. Napoli, 1960.

ARIAS BONET, J.A. *Estipulaciones a favor de tercero en los glosadores y en las Partidas*. AHDE n° 34. 1964, págs. 235 y ss.

ARISTOTELES. *Ars Rhetorica*. Ross, W.D. Oxford, 1959.

Ethica ad Nicomacum, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/ethica-ad-nicomachum-en-castellano-trad-compendiada> (consultado con fecha 6/05/2018).

Poética: Magna Moralia. Gredos. Madrid, 2011.

ARNAUD, J.R. *Réflexions sur l'occupation*. *Du droit romain classique au droit moderne*. Revue historique de droit français et étranger (RH) n° 46. 1968, págs. 183 y ss. ASTOLFI, R. *I beni vacanti e la legislazione caducaria*. BIRD n° 68. 1965, págs. 135 y ss.

ATIENZA, M. *El sentido del derecho*. Ariel Derecho. Barcelona, 2012.

Sociología Jurídica y ciencia de la legislación, en *El Derecho y sus realidades*. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica. (Coord. Bergalli, R.). PPU. Barcelona. 1989, págs. 41-70.

Contribución para una teoría de la legislación. Doxa n° 6. 1989, págs. 385 y ss.

BACKHOUSE, E.; MEDEMA, S.G. *Retrospectives: On the Definition of Economics*. Journal of Economic Perspectives n° 23. 2009, págs. 221-233.

BAIRD, D.G.; GERTNER, R.H.; PICKER, R.C. *Game Theory and the Law*. 18^a ed. Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1994.

BALLESTEROS, J. *Sobre el sentido del Derecho: Introducción a la Filosofía jurídica*. Tecnos. Madrid, 1986.

BECKER, G.S. *El enfoque económico del comportamiento humano*. Información Comercial Española. 1980, págs. 11 y ss.

The economic approach to human behaviour. The University of Chicago Press. Chicago, 1976, obra que podemos revisar en https://books.google.es/books?id=qQAZnc-mMSoC&pg=PA3&hl=es&source=gbs_toc_r&cad=2#v=onepage&q&f=false (consultado con fecha 13/02/2018).

BEDUSCHI, C. "*Hereditas aditio*" / *L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza romana classica*. Giuffrè. Milán, 1976.

BERGER, P.L. *The capitalism revolution (fifty propositions about prosperity, equality, and Liberty)*. Basic Book Publisher. New York, 1988.

BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho privado romano*. Publicaciones UCAB. Caracas, 2006.

De la legítima romana a la reserva familiar germánica. RIDROM n° 14, abril 2015, págs. 1-63.

Manual de historia del derecho. Publicaciones UCAB. Caracas, 2010.

BETANCOURT SERNA, F. *El espíritu del Derecho romano*. Anuario de Historia del Derecho español n° 53, 1983, pág. 559, en <file:///C:/Users/a/AppData/Local/Temp/Dialnet-ElEspirituDelDerechoRomano-134436-1.pdf> (consultado con fecha 10/06/2018).

La defensa pretoria del missus in possessionem. AHDE n° 52. 1982, págs. 373 y ss.

Derecho Romano Clásico. 3^a ed. Universidad de Sevilla. Sevilla, 2007.

BIGNARDI, A. "*Controversiae agrorum*". *Alle origini dell'interdetto "uti possidetis"*. Giuffrè. Milán, 1984.

BIONDI, B. *Romanità e Fascismo*. *Discorso Università di Catania 6/11/1928*. Officina Moderna. Catania, 1929.

Equità e bona fede. *Scritti Giuridici I*. Milano. 1965, págs. 93-98.

Diritto romano cristiano I y II. Milano. 1952.

Humanitas nelle leggi degli imperatori romano-cristiani. Fontes Ambrosiani XXVI. Milano, 1951.

Studi sulle actiones arbitrarie e l'arbitrium iudicis. Palermo, 1913.

Giustiniano primo principe e legislatore cattolico. Milano, 1936.

Diritto ereditario romano. Parte generale. Giuffrè. Milano, 1954.

BISCARDI, A. *Riflessioni minime sul concetto di aequitas.* Studi in memoria di G. Donatuti I, Milano. 1973, págs. 173 y ss.

De aequitas and epikeia, en Rabello, A.M. *Aequitas and equity: equity in civil law and mixed Jurisprudence.* Jerusalem. 1997, págs. 1-11.

BLANCH NOUGUES, J.M. *Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (datio in solutum) en Derecho Romano.* RGDR. Iustel. Nº 13. 2009 (RI §408465).

BONFANTE, P. *L'equità.* Rivista di diritto civile XV. 1923, págs. 190 y ss.

BRASIELLO, U. *Premessa relativa allo studio dell'influenza del cristianesimo sul diritto romano.* Scritti in onore di Contardo Ferrini II. Milano. 1947, págs. 1-29.

Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali, I: L'aspetto innovativo-interpretativo. Studi in onore Francisci IV. Giuffrè. Milano. 1956, págs. 471 y ss.

BRENNAN, G.; BUCHANAN, J. *The reason of rules: Constitutional Political economy.* Cambridge University Press, 1985, en <http://oll.libertyfund.org/titles/brennan-the-collected-works-of-james-m-buchanan-vol-10-the-reason-of-rules> (consultado con fecha 2/02/2018).

BRENNER, R. *Economía: ¿una ciencia imperialista?,* en *Derecho y economía: una revisión de la literatura.* Fondo Cultura Económica. México. 2000, págs. 91-101.

BUCHANAN, J. *Economics, Between predictive science and moral philosophy.* Texas University Press. College Station 1987.

BUIGUES, OLIVER, G. *La posición jurídica de la mujer en Roma. Presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer.* Dykinson. Madrid, 2014.

La rescisión de los hechos y actos jurídicos en Derecho romano (Premisa para un estudio de la restitutio in integrum). Quiles Artes Gráficas. Valencia, 1992.

BURDESE, A. *Sul concetto di giustizia nel diritto romano*. ASD números 14-17. 1970-1973, págs. 110 y ss.

Manual de Derecho Público Romano. Bosch. Barcelona, 1972.

“Fisco” (diritto romano). ED nº XVII. Milán. 1968, págs. 673 y ss.

Editto Publiciano e funzioni nella compravendita romana. Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale di Pisa-Viareggio-Lucca del 17-21 aprile 1990, I, Milano, 1991, págs. 119 y ss.

BURILLO LOSHUERTOS, J. *Persistencia histórica del Derecho romano*. Anales de la Universidad de Murcia. Derecho. Vol. 26, números 1-4. Secretariado de la Universidad de Murcia. Murcia. 1968, págs. 5 y ss., en <http://hdl.handle.net/10201/12295> (consultado con fecha 25/07/2018).

CAESAR, C.J. *La Guerra de las Galias (De bello Gallico)*. Gredos. Madrid, 2010.

CALABRESI, G. *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. Yale Law Journal 70. March 1961, number 4, págs. 499 y ss.,

http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers (consultado con fecha 21/02/2018); su traducción al castellano en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15319/15780> (consultado con fecha 21/02/2018).

The cost of accidents. A legal and Economic Analysis. Yale University Press. New Haven and London, 1970.

El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil. Ariel. Barcelona, 1984.

Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho. Anuario de Filosofía del Derecho. 1985, III, págs. 221 y ss., en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1985-10021900228 ANUARIO DE FILOSOF%26%23833%3B DEL DERECHO Sobre los l%EDmites de los an%Elisis no econ %F3micos del Derecho (consultado con fecha 22/02/2018).

CALCATERRA, A. *L'analisi del "ius" e della "lex" in elementi primi*. SDHI n° 46. 1980, págs. 258 y ss.

CALSAMIGLIA, S. *Eficiencia y Derecho*. Doxa. 1987 n° 4, págs. 267 y ss.

Justicia, eficiencia y Derecho. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. 1988 n° 1, págs. 305 y ss.

Justicia, eficiencia y optimización de la legislación. Documentación Administrativa n° 218-219. 1989, págs. 113-151.

CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I. *La equidad en el derecho privado*. Equidad y justicia. Bosch. Barcelona, 2009.

CARON, P.G. *"Aequitas" romana, "misericordia" patristica ed "epicheia" aristotelica nella dottrina dell' "aequitas" canonica*. Giuffrè. Milano. 1971, págs. 74 y ss.

CARRELLI, O. *La genesi del procedimento formulare*. Giuffrè. Milano, 1946.

CASTELLO, C. *Il problema evolutivo dell'adrogatio*. SDHI n° 33. 1967, págs. 129 y ss.

«Humanitas» e «favor libertatis». *Schiavi e liberti nel I secolo*. Sodalitas, Scritti in onore di A. Guarino, Vol. V. Jovene Editore. Napoli. 1984, págs. 2175 y ss.

CERAMI, P. *Contrahere cum fisco*. Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo n° 34. 1973, págs. 277 y ss.

CERVENCA, G. *Studi vari sulla "restitutio in integrum"*. Giuffrè. Milano, 1965.

Per lo studio della "restitutio in integrum": problematica e prospettive. Studi Biondi 1. Milano. 1965, págs. 601-630.

"Cura minorum" e "restitutio in integrum". BIRD n° 75. 1972, págs. 235 y ss.

Studi sulla "cura minorum" 2. In tema di "excusationes" della "cura minorum". BIRD n° 77. 1974, págs. 139 y ss.

CICERON, M.T. *De legibus*, en [http://historicodigital.com/download/Ciceron%20Marco%20Tulio%20-%20Las%20Leyes%20\(bilingue\).pdf](http://historicodigital.com/download/Ciceron%20Marco%20Tulio%20-%20Las%20Leyes%20(bilingue).pdf) (consultado con fecha 3/05/2018).

Pro Caecina, en *Orationes* I. A.C. Clark. Oxford, 1909.

Tópicos a Cayo Trebacio, en <http://www.mercaba.org/SANLUIS/ALiteratura/Antigua/Roma/Cicer%C3%B3n,%20Tulio%20Cayo/T%C3%B3picos%20a>

[%20Cayo%20Trebacio.pdf](#), pág. 5 *in fine* (consultado con fecha 3/05/2018).

Pro Murena, en *Orationes* I. A.C. Clark. Oxford, 1909.

Pro Cluentio, en *Orationes* I. A.C. Clark. Oxford, 1909.

De inventione, en

<http://www.thelatinlibrary.com/cicero/inventione2.shtml>

(consultado con fecha 3/05/2018).

Pro Plancio, en

<https://archive.org/details/ciceroproplancio00cicerich>

(consultado con fecha 8/05/2018).

De Officiis. Atzert. Leipzig, 1963.

Pro Archia,

<http://www.thelatinlibrary.com/cicero/arch.shtml>

(consultado con fecha 19/07/2018).

Verrinas I y II. Gredos. Madrid, 2000.

De re publica, <http://www.corpflorentino.org/wp-content/uploads/2017/01/CICERÓN-De-Republica.pdf>

(consultado con fecha 19/07/2018).

De finibus bonorum et malorum,

<http://www.thelatinlibrary.com/cicero/fin.shtml> (consultado con fecha 19/07/2018).

COASE, R.H. *El problema del coste social*. Hacienda Pública Española nº 68. 1981, págs. 245-274. Una versión digital, en

http://www.ebour.com.ar/ensayos_meyde/Coase%20-%20El%20problema%20del%20coste%20social%202011.pdf,

págs. 41 y ss. (consultado con fecha 21/07/2018).

Economics and Contiguous Disciplines. 7, 2 *J Leg. Stud.* 1978, págs. 201-211.

The Problem of Social Cost. *Journal Law & Economic* nº 1. 1960, págs. 3 y ss.

COLEMAN, J. L. *Book Review: Tragic Choices*. Faculty Scholarship Series. Paper 4203. 1979, en

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4203

(consultado con fecha 23/02/2018).

Efficiency, Auction and Exchange, en *Markets, Morals and the Law*. Cambridge University Press. 1988, págs. 67-94.

COLI, U. "*Fisco*" (diritto romano). NNDI VII. UTET. Turín. 1961, págs. 381 y ss. CONGREGADO RODRIGUEZ DE AGUILERA, E.; POMARES HERNANDEZ, J.I.; RAMA

MATIAS, E. *Análisis económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente*, en *Derecho y Conocimiento Volumen 1*. 2000, págs. 331 y ss., [http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/1545/b1205757.pdf?sequence=\(consultado con fecha 2/03/2018\)](http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/1545/b1205757.pdf?sequence=(consultado con fecha 2/03/2018)).

CORBINO, A. *Ius suum cuique tribuere. Osservazioni minime sulla definizione ulpiana di giustizia (D. 1,1,10 pr. e Rhetor. ad Her. 3,2,3)*. Homenaje al Profesor A. Torrent. Dykinson. Madrid. 2016, págs. 155-165.

COSTA, E. *Cicerone giuriconsulto*. Bologna, 1927.

COUDERT, J. *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*. Société d'impression typographiques. Nancy, 1957.

CRIFFÒ, G. *Funzione alimentare dell'usufrutto e problemi connessi in diritto romano*. Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia 1. 1973, págs. 451 y ss.

Lo schema dialettico "uti frui" ed una congettura sul "fructus sine usu". Études offertes à J. Macqueron. Aix-en-Provence. 1970, págs. 209 y ss.

CRISTOBAL MONTES, A. *Prólogo*, en BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho Privado Romano*. Publicaciones UCAB. Caracas, 2006.

CUENA BOY, F. *La episcopalis audientia*. Universidad de Valladolid. Valladolid, 1985.

DAUBE, D. *The Preponderance of Intestacy at Rome*. Tulane Law Review nº 39. 1965, págs. 253 y ss.

DAZA MARTINEZ, J. *Aequitas et humanitas*. Estudios Homenaje al Profesor Juan Iglesias, II. Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvarez. Universidad Complutense. Madrid. 1988, págs. 1211 y ss.

Iniciación al estudio histórico del Derecho Romano. 4ª ed. Universidad Complutense. Madrid, 2002.

DAZA MARTINEZ, J.; RODRIGUEZ ENNES, L. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Tirant lo Blanc. Valencia, 2009.

D'AGOSTINO, F. *La tradizione dell'epieikeia nel Medioevo latino*. Giuffrè. Milano, 1976.

DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Introducción histórica al derecho romano*. 10ª ed. Publicaciones Universidad de Deusto. Universidad de Deusto. Bilbao, 2015.

DE FRANCISCI, P. *Dal regnum alla res publica*. SDHI X. 1944, págs. 150 y ss.

DEL GRANADO, J.J. *La genialidad del Derecho Romano, una perspectiva desde el análisis económico del derecho* (trad. Marzetti, M.). Revista do Ministério Público RS nº 63. Porto Alegre. 2009, págs. 169 y ss., en http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1259071750.pdf (consultado con fecha 9 de junio de 2018).

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L. *La equidad*. RGLJ, LXV. 1972, págs. 7-34.

DE MARTINO, F. *Storia della costituzione romana I*. Casa Editrice Jovene. Napoli, 1972.

Storia economica di Roma antica 1. Florencia. 1979, págs. 69 y ss. (trad. Madrid. 1985, págs. 85 y ss.).

DE ROBERTIS, F.M. *La espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*. Istituto di diritto romano. Università di Bari, 1936.

DE UBALDIS, B. *Commentarii ad Digestum vetus*, en <https://www.idref.fr/033101116> (consultado con fecha 21/07/2018).

DIAZ BAUTISTA, A. *Notas sobre el aseguramiento de obligaciones en la legislación justiniana*. RIDA nº 30. 1983, págs. 81 y ss.

DILIBERTO, O. *Successione legitima* (dir. romano). Enciclopedia del diritto (ED) nº XLIII. 1990, págs. 1297 y ss.

DOMENECH PASCUAL, G. *Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho*. Revista de Administración Pública nº 195. 2014, págs. 99 y ss.

DONATI, B. *Sul principio di equità*. Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia. 1913, págs. 358 y ss.

D'ORS, E. *Derecho Privado Romano*. 8ª ed. EUNSA. Pamplona, 1991.

DURAN Y LAGUNA, P. *Una aproximación al análisis económico del derecho*. Comares. Granada, 1992.

DWORKIN, R. *Is wealth a value?* The Journal of Legal Studies. Vol. 9, nº 2. 1980, págs. 191-226, en <https://blogs.harvard.edu/hltf/files/2010/10/Dworkin.pdf> (consultado con fecha 15/02/2018).

¿Es la riqueza un valor? Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 1, n° 1. Palermo. Abril 1996, págs. 13 y ss., lo podemos revisar en http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n1N1-Abril1996/011Juridica03.pdf (consultado con fecha 14/02/2018).

EVANS CIVIT, J.H. *Introducción y Notas a los Tópicos de Aristóteles*. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1999.

FABRINI, F. *Per la storia della restitutio in integrum*. Labeo n° 13. 1967, págs. 200 y ss.

FALCON Y TELLA, M^a.J. *Equidad, Derecho y Justicia*, Ed. Ramón Areces. Madrid, 2005.

FALCONE, G. *Iuris precepta, vera philosophia, iuris prudentia*. SDHI n° 73. 2007, pág. 353-387.

Ius suum cuique tribuere. Studi Martini I. Milano. 2008, págs. 971-1016.

FERNANDEZ BARREIRO, A; PARICIO SERRANO, J. *Fundamentos de derecho privado romano*. 9^a ed. Marcial Pons. Madrid, 2016.

FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Derecho Privado Romano*. 7^a ed. Iustel Portal Derecho S.A. Madrid, 2014.

Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje. 10^a ed. Thomson. Civitas. Pamplona, 2007.

FERRINI, C. *Sulla perpetua causa nelle servitù prediali romane*. AG n° 50 (1893), págs. 388 y ss.

FIGA FAURA, L. *Las equidades (con especial consideración de la equidad mercantil)*, en Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo, II. 1988, págs. 311-340.

FRANCIOSI, G. *Occupazione (storia)*. ED n° 29. 1979, págs. 610 y ss.

“Usucapio pro herede”. Contributo allo studio dell’ antica *“hereditas”*. Jovene Editore. Nápoles, 1965.

FREZZA, P. *L'istituzione della collegialità in diritto romano*. Studi Solazzi. 1948, págs. 507-542.

FUENTESECA DIAZ, P. *Orígenes y perfiles clásicos del “postliminium”*. AHDE n° 21-22. 1951-1952, págs. 300 y ss.

FUENTESECA DEGENEFFE, M. *El dualismo IUS CIVILE-IUS HONORARIUM*. Revista General de Derecho Romano. Iustel, n° 7. Diciembre, 2006.

- FURKIOTIS, K. *Verträge zu Lasten Dritter. Ein kleiner Rückblick auf Homer und Lukian.* Studi in onore di Edoardo Volterra, Volume VI. Giuffrè. Milano. 1971, págs. 253 y ss.
- GALLO, F. *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris.* BIRD n° 15. 1973, págs. 171 y ss.
- GARCIA GARRIDO, M.J. *Derecho Privado Romano. Casos, Acciones, Instituciones.* 7ª ed. Dykinson. Madrid, 1998.
- Derecho Privado Romano. Casos, Acciones, Instituciones.* Ediciones Académicas S.A. Madrid, 2001.
- Sobre los verdaderos límites de la ficción en el derecho romano.* AHDE n° 27-28. 1957-1958, págs. 305 y ss.
- GARCIA GUAL, C. *Historia de la filosofía antigua.* Trotta. Madrid. 2013, págs. 231 y ss.
- GARCÍA MORENO, L. et al. *Historia del mundo clásico a través de sus textos, 2. Roma.* Alianza Editorial. Madrid, 1999.
- GARCIA SANCHEZ, J. *Algunas consideraciones sobre el tempus lugendi.* RIDA n° 23. 1976, págs. 141 y ss.
- GARZETTI, A. *Aerarium e fiscus sotto Augusto: storia di una questione in parti di nomi.* Athenaeum n° 31. 1953, págs. 298-327.
- GARZON VALDES, E. *Ética y economía.* Ponencia Jornadas de Filosofía jurídica y social. Alicante, 1987.
- GAUDEMET, J. *Institutions de l'antiquité.* Paris, 1967.
- L'église dan l'Empire romain (IVe-Ve siècles).* Sirey. Paris, 1958.
- La législation religieuse de Constantin.* Revue d'histoire de l'Eglise de France n° 33. 1947, págs. 38 y ss.
- Le peuple et le gouvernement de la république romaine.* LABEO 1965 n° 2, págs. 147-192.
- Union libre et mariage dans la Rome imperiale.* IVRA n° 40. 1989, págs. 1 y ss.
- Utilitas publica.* Revue Historique de Droit Français et étranger (RHD). 1985, págs. 465 y ss.
- Sobre la Nov. III "de bonis vacantibus", de Antemio.* Études offertes à J. Macqueron. Aix-en-Provence. 1970, págs. 341 y ss.
- GIANINI, A. *La equità.* AG 105. 1931, págs. 188-194.
- GIOFFREDI, C. *Sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano.* BIDR n°9. 1967, págs. 227-238.

- GOMEZ-ROYO, E. *El testamento militar en las fuentes jurídicas romanas y griegas*. Estudios homenaje a Valls i Taberner. Vol. XVII. Barcelona. 1991, págs. 5349 y ss.
- GONZALEZ AMUCHASTEGUI, J. *El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación*. Doxa nº 15-16. 1994, págs. 929-943.
- GORIA, F. *La definizione del diritto di Celso nelle fonti greche*, en G. Santucci (cur.) *Aequitas*. Giornate in memoriam di Paolo Silli. Padova. 2006, págs. 32 y ss.
- GOURINAT, J. *Diálogo y Dialéctica en los Tópicos y las Refutaciones sofisticas de Aristóteles*. Anuario Filosófico, 35. Pamplona. 2002, págs. 463-495.
- GROSSO, G. *Le servitù prediali nell Diritto romano*. UTET. Torino, 1951.
- Il sistema romano dei contratti*. 3ª ed. Giappichelli. Torino, 1963.
- GUERRERO-BERNARDO PERIÑAN, M. *El praemium civitatis en la lex Acilia repetundarum: ¿incentivo para reprimir el abuso de poder?* Rivista Internazionale di Science Giuridiche e Tradizione Romana, nº 12, 2014. Versión online disponible en la página web: <http://www.dirittoestoria.it/12/pdf/Guerrero-Praemium.pdf> (consultado con fecha 20/04/2018).
- GUARINO, A. *Equitá (der. rom.)*, en Novss. dig. it., VI-3a, 1957, págs. 619-624.
- La formazione della res publica romana*. RIDA 1948, págs. 98 y ss.
- Actiones in aequum conceptae*. Labeo nº 8/1. 1962, págs. 7-15.
- Collatio bonorum*. Società editrice del Foro Italiano. Roma, 1937.
- GUILARTE MARTIN-CALERO, C.; ANDRES SANTOS, F.J. *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Lex Nova. Valladolid, 2009.
- GUIOMARO, M. *Ulpiano e le stipulationes pretoriae*. Studi in onore di Arnaldo Biscardi 4. Milano. 1983, págs. 413 y ss.
- HARDIN, R. *Morality within the limits of reason*. The University Chicago Press. Chicago, 1988.
- HARVEY, D. *The condition of postmodernity. An enquiry into the origins of cultural charge*. Basil Blackwell. Oxford. 1989, págs. 327

y ss., lo podemos revisar en https://selforganizedseminar.files.wordpress.com/2011/07/harvey_condition_postmodern.pdf (consultado con fecha 27/02/2018).

HEINZE, R. *Fides. Vom Geist des Römertums*. Darmstadt, 1972.

HERRERA BRAVO, R. *Bona vacantia y sucesión a favor del Estado en el Derecho Romano y su recepción en el Derecho Histórico Español*. IV Congreso de Derecho Romano Iberoamericano. Universidade de Vigo, 16-18 de abril de 1998. Vol. 2. 1999, págs. 21-28.

HIERRO, L. *Justicia, igualdad y eficiencia*. Isonomía nº 9. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe. Argentina. Octubre 1998, págs. 130 y ss.

HIRSHLEIFER, J. *Price Theory and Applications*. Prentice Hall Englewood Cliffs. New Jersey, 1984.

HORWITZ, M.J. *Law and economics: Science or Politics?* Hofstra Law Review nº 8. 1980, págs. 905-912.

IBAÑEZ JIMENEZ, J.W. *Análisis Económico del Derecho. Método, investigación y práctica jurídica*. Bosch. Barcelona. 2011.

IGLESIAS, J. *Derecho romano*. 17ª ed. Ariel Derecho. Barcelona, 2008.

Derecho Romano. Historia e instituciones. 11ª ed. Ariel. Barcelona, 1994.

El espíritu del Derecho Romano. Universidad Complutense. Madrid, 1984.

Roma: claves históricas. Universidad Complutense. Madrid, 1985.

El Derecho romano y nuestro tiempo. RDP nº 29. Madrid. 1951, págs. 452 y ss.

IGLESIAS-REDONDO, J. *En torno a la libertas*. Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias, II. Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvarez. Universidad Complutense. Madrid. 1988, págs. 1441 y ss.

IHERING, R. V. *Geist des Romischen Rechts II*. Leipzig, 1921.

El espíritu del Derecho Romano. Marcial Pons, Madrid, 1997.

ISIDORO DE SEVILLA. *Etymologiae; De summo bono*, <http://www.mcu.es/ccbae/es/consulta/registro.cmd?id=81776> (consultado con fecha 19/07/2018).

Collectio canonum ecclesiae Hispaniae. Edit. F.A. González. Madrid, 1808.

JACOTA, M. *Les pactes de l'esclave en son nom prope.* RIDA n° 13. 1966, págs. 205 y ss.

JOLOWICZ, H.F. *Historical introduction to the study of Roman law.* Cambridge, 1932.

JORS, P. - KUNKEL, W. *Derecho privado romano* (trad. esp. Prieto Castro, L). Editorial Labor S.A. Barcelona, 1937.

KAGEL, J.K.; BATTALIO, R.C.; GREEN, L. *Economic choice theory: An experimental analysis of animal behavior.* Cambridge University Press. Cambridge, 1995.

KALDOR, N. *Welfare Propositions and Interpresonal Comparisons of Utility.* Economic Journal n° 49. 1939, páginas 549-552.

KAPLOW, L.; SHAVELL, S. *Fairnes versus Welfare.* Harvard University Press. Cambridge. 2002, págs. 1 y ss.

KASER, M. *Eigentum und Besitz im alterem romischen Recht.* Böhlau. Weimar. 1943, págs. 243 y ss.

Das römische Privatrecht I. Beck. Munich, 1971.

Derecho Romano Privado. 5ª ed. (trad. Santa Cruz Teijeiro). Reus. Madrid, 1982.

KLUGER, V. et al. *Análisis económico del derecho.* Heliasta. Buenos Aires. 2006, págs. 60-62.

KOROBKIN, R.B.; ULEN, T.S. *Law and Behaviorakl Science: Removing the Rationality Assumption from Law And Economics.* California Law Review n° 88. 2000, págs. 1060 y ss.

KOSLOWSKI, P.F. *Comment The ethics of capitalism,* en AA.VV. *Philosophical and Economic Foundations of Capitalism.* Pejovich, S. Leekington Books. Toronto, 1983, págs. 65 y ss.

KRIER, J.E. *Recensión de la 1ª ed. de Posner.* University of Pennsylvania Law Review Vol. 122, n° 6. 1974, págs. 1664 y ss.

KUNKEL, W. *Historia del Derecho Romano.* Ariel Derecho. Barcelona, 1985.

Diligentia. ZSS n° 42. 1921, págs. 266 y ss.

LACTANCIO. *Instituciones Divinas.* Gredos. Madrid. 1990.

LEVY, E. *Derecho Romano vulgar de Occidente. Derecho de Bienes.* American Philosophical Society Independence Square Philadelphia. 1951, págs. 43-48; 75-77, en <http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/4295/136->

[9590_9_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](#) (consultado con fecha 13/06/2018).

LIEBHAFSKY, H. *Commons and Clark on Law and Economics*. Journal of Economic Issues nº 10. 1976, págs. 751-764.

LIVIO, T. *Storia di Roma*, http://www.deltacomweb.it/storiaromana/titolivio_storia_di_roma.pdf (consultado con fecha 6/05/2018).

LÓPEZ PEDREIRA, A. *Tempus lugendi y secundae nuptiae en Derecho Romano*. RIDROM [on line]. 11-2013. ISSN 1989-1970, págs. 332-377. <<http://www.ridrom.uclm.es>>

LORENZETTI, R. *Análisis económico del derecho: valoración crítica. Hacia una teoría de la acción individual y colectiva en un contexto institucional*. Revista de Derecho privado y comunitario nº 21. Sección Doctrina. Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe. 1999, págs. 61 y ss.

LOZANO Y CORBI, E. *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el derecho romano*. Mira Editores. Zaragoza, 1994.

LUCHETTI, G. *La legitimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*. Giuffrè. Milán, 1990.

MACPHERSON, C.B. *La teoría política del individualismo posesivo de Hobbes a Locke*. Trotta. Madrid, 2005.

MAGDELAIN, A. *Les actions civiles*. Sirey. París, 1953.

MAITLAND, F.W. *L'equità*. Giuffrè. Milano. 1979, págs. 3-225.

MANGAS MARTIN, A. *Título III (Igualdad). Artículo 20 (Igualdad ante la ley)*, en AA.VV. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA. Bilbao, 2008.

MARCHILI, L.A. *Cómo legislar con sabiduría y elocuencia. El arte de legislar reconstruido a partir de la tradición retórica*. Dunken. Buenos Aires, 2009.

MASCHI, C.A. *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*. Vita e pensiero. Milano, 1937.

Certeza del diritto e potere discrezionale del magistrato nel diritto romano. Studi in onore di E. Betti, 3. Milano. 1962, págs. 413 y ss.

La gratuità del mutuo classico. Studi B. Pallieri. Milano. 1978, págs. 289 y ss.

MEILLET, A. – ERNOUT, A. *Dictionnaire etymologique de la langue latine. Histoire des mots*. Klincksieck. Paris. 2001, pág. 11, en

<https://ia800403.us.archive.org/33/items/DictionnaireEtymologiqueDeLaLangueLatine/Dictionnaire%20etymologique%20de%20la%20langue%20latine.pdf> (consultado con fecha 26/06/2018).

MELILLO, G. *“In solutum dare”*. *Contenuto e dottrine negoziali nell’adempimento inessato*. Napoles, 1970.

MERCURO, N., MEDEMA, S. *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princenton University Press. Princenton, 2006.

MICELI, T.J. *Legal Change: Selective Litigation, Judicial Bias, and Precedent*. *Journal of Legal Studies* n° 38. 2009, págs. 157 y ss.

MIGLIARDI ZINGALE, L. *Rileggendo P. Med. inv. 41: legislazione giustiniana e prassi in tema di dote e donazione nuziale*. *JJP* n° 20, 1990, págs. 109 y ss.

MINDA, G. *The law and economics and critical legal studies movements in American Law*, en *Law and Economics*. N. Mercurio. Kluwer Academy Publishers. Boston. 1989, págs. 87-122.

MIQUEL, J. *Derecho Privado Romano*. Marcial Pons. Madrid, 1992.

MITCHELL POLINSKY, A. *Introducción al análisis económico del derecho*. Ariel S.A. Barcelona, 1985.

MOMMSEN, T. *Le Droit public romain I* (trad. P.F. Girard). Diffusion de Boccard. Paris, 1984, en <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k66262.texteImage> (consultado con fecha 21/05/2018).

MURGA GENER, J.L. *Derecho Romano Clásico. II. El Proceso*. Secretariado de Publicaciones. Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 1983.

NARDI, E. *La reciproca posizione successoria dei coniugi privi di conubium*. Giuffrè. Milano, 1938.

NEGRI, G. *Sostituzione ordinaria*. *Enciclopedia del diritto (ED)* n° XLIII. Giuffrè. Milano 1990, págs. 126 y ss.

La clausola codicillare nel testamento inofficioso. Saggi storico-giuridici. Giuffrè. Milano, 1975.

NOVOA MONREAL, E. *El derecho como obstáculo al cambio social*. 14ª ed. Siglo XXI Editores. México. 2002, págs. 241 y ss., se puede revisar en https://books.google.es/books?id=Ur12xxGMoTUC&pg=PA241&lpg=PA241&dq=marxismo+niega+ciencia+jur%C3%ADdica&source=bl&ots=vd5DBMRGin&sig=3bjZWzulzhd3LAMofbaLz9uYT_k&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiHiKXpvJPZAhWD7BQKHdRgC24Q6AEIRzAE#v=onepage&q=marxismo%20niega%20ciencia%20jur%C3%ADdica&f=false (consultado con fecha 7/02/2018).

ORTI LAHOZ, A. *Reflexiones en torno a la evolución del ámbito y enfoque del análisis económico*. Discurso de apertura del Curso 1988-1989 en la Universidad de Valencia. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 1989.

PALMA, A. "*Iura vicinatis*". *Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età clásica*. G. Giappichelli. Torino, 1988.

PANERO GUTIERREZ, R. *Derecho Romano*. 4ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

PARICIO, J. *El legado jurídico de Roma*. Marcial Pons. Madrid, 2010.

PASTOR, S. *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*. Tecnos. Madrid, 1989.

PAZ-ARES, C. *La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho)*. ADC. 1987, págs. 600 y ss.

PEREZ SIMEON, M. *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest: El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria e intestada en el Derecho romano*. Marcial Pons. Madrid, 2001.

PEREZ VIVO, A. *El principio de equidad en el novus ordo político y legislativo del siglo IV*. Resumen de la tesis doctoral. 1983, pág. 330, en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/55021/1/Anales_Fac_Derecho_02_16.pdf (consultado con fecha 2/06/2018).

PICHON, R. *Lactance: Étude sur le mouvement philosophique et religieux sous le règne de Constantin*. Hachette. París. 1901, págs. 448 y ss.

PINNA PARPAGLIA, P. *Aequitas in libera Republica*. Giuffrè. Milano, 1972.

Aequitas in libera Republica. Giuffrè. Milano. 1972, págs. 34-50.

PLAUTO. *Obras completas*. El Ateneo. Buenos Aires, 1947.

PITARCH LLANOS, J.M. *La restitución en la posesión (El interdicto "quod vi aut clam")*. Castellón J.V. Editores, 1995.

POHLENZ, M. *Die Stoa Geschichte einer geistigen Bewegung*. Tomo I. Göttingen, 1948.

POSNER, R. A. *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, 2013.

Frontiers of Legal Theory. Cambridge. MA Harvard University Press, 2001.

PRINGSHEIM, F. *Gesammelte Abhandlungen*, I. Winter. Heidelberg. 1961, págs. 131-153.

Ius aequum und ius strictum, ZSS, 42. 1922, págs. 643 y ss.

Bonum et aequum. ZSS, 52. 1932, págs. 78-155.

RAGGI, L. *La "restitutio in integrum" nella "cognitio extraordinem"*. Giuffrè. Milano, 1965.

RASCON, C. *Síntesis de historia e instituciones de Derecho Romano*. 3ª ed. Tecnos. Madrid, 2008.

REGAN, D.H. *The problem of social cost revisited*. Journal of Law & Economics. 1972 nº 15, págs. 427 y ss.

REGGI, R. *Ricerche intorno al "beneficium inventarii"*. Giuffrè. Milano, 1967.

RICCOBONO, S. *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*. Mélanges Cornill II. Grand-Paris. 1927, págs. 235-309.

Cristianesimo e diritto privato. Rivista di diritto civile. 1911 nº I, págs. 38 y ss.

Ius est ars boni et aequi. Annali Catania. IL-L. 1947, págs. 223 y ss.

La definizione del ius al tempo di Adriano. Annali Catania LIII-LIV. 1948, págs. 5 y ss.

RILEY, L.J. *The history, nature and use of epikeia in moral theologie*. Washington, 1948.

ROBINSON, J., en MACKAAY, E. *Economist of Information and Law*. Kluwer & Nijhoff Publ. Amsterdam, 1982.

ROBLEDA, O. *La idea de derecho subjetivo en el ordenamiento romano clásico*. BIRD nº 80. 1977, págs. 23 y ss.

- Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*. Pontificia Università Gregoriana. Roma, 1976.
- ROBLES VELASCO, L.M. *Aequitas y sus relaciones con la equity: diferencias, similitudes e influencias*. RIDROM n° 10. 2013, págs. 294 y ss.
- ROMERO PEREZ, J.E. *Reflexión en torno al tema de Derecho y Economía. Su encuadre en la corriente institucional y neoinstitucional*. Revista de Ciencias Jurídicas n° 122. Universidad de Costa Rica. 2010, págs. 159 y ss.
- RUBIN, P.H. *Why is the Common Law Efficient?* Journ. of Leg. Stud. n° 6. 1977, págs. 51 y ss.
- RUSSO RUGGERI, C. *La datio in adoptionem* Vol. 1. Giuffrè. Milano, 1990.
- SACCONI, G. *Studi sulle obbligazioni da contratto in diritto romano*. Giuffrè. Milán, 1973.
- SALGADO, J. *Principios básicos e informadores de la Política y del Derecho en Roma*. Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias III. Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvarez. Universidad Complutense. Madrid. 1988, págs. 1627 y ss.
- SALVADOR CODERCH, P.; GOMEZ LIGÜERRE, C. *El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes*. Indret 1/2005, págs. 1-23, en http://www.indret.com/pdf/275_es.pdf (consultado con fecha 2/03/2018).
- SARGENTI, M. *Limiti della proprietà e servitù legali*. Il Foro Padano n° 8. 1953, I, págs. 115 y ss.
- SCIALOJA, V. *Del diritto positivo e dell'equità*. Studi giuridici III, 1ª parte. 1932, págs. 11 y ss.
- SCHADEWALDT, W. *Humanitas Romana. Aufstieg und Niedergang der römischen Welt (ANRW) I, 4*. Berlin-New York. 1973. págs. 43-62.
- SCHIAVONE, A. *Giurisiti e principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Una esegesi*. SHDI n° 69. 2003, págs. 3 y ss.
- SCHUMPETER, J.A. *Historia del análisis económico*. Ariel. Barcelona, 1994.
- SCHULTZ, F. *Principios del Derecho romano*. 2ª ed. Civitas. Madrid, 2000.
- Derecho Romano Clásico*. Bosch. Barcelona, 1960.
- SHAVELL, S. *Fundamentos del análisis económico del derecho*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2016.

- SIBER, H. *Römisches Privatrecht*. Sack, Berlín, 1928.
- SILLI, P. *Mito e realtà dell' "Aequitas christiana"*. Giuffrè. Milano. 1980.
- SOLAZZI, S. *L'estinzione dell'obbligazione nel Diritto romano*. Jovene Editore. Napoli, 1935.
- SOTTY, R. *Recherches sur les utiles actiones. La notion d'action utile en droit romain classique*. Grenoble, 1977.
- STEIN, P. *Enjuitable Principles in Roman Law. Equity in the World's Legal System (Newman)*. Bruxelles, 1973.
- STIGLER, G.J. *Law or Economics?* Journal of Law and Economics XXXV. 1992, págs. 455-468.
- STROUX, J. *Summum ius, summa iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte des interpretatio iuris*. Festschrift Paul Speiser-Sarasin zum 80 Gebrurstag. Leipzig-Berlin. B.G. Taubner, 1926.
- TALAMANCA, M. *L'aequitas naturalis e Celso in Ulp. D 12, 4, 3, 7*. BIDR 96, 97. 1993-1994, págs. 1 y ss.
- TELLEGEN COUPERUS, O.E. *Dióclétien et les biens vacants*. Revue d'Histoire du Droit n° 54 1986, págs. 85 y ss.
- TENA ARREGUI, R. *Instinto jurídico contra análisis económico (con comentario sobre las modificaciones estructurales)*. Ponencia presentada en el VIII Seminario Harvard-Complutense. 2010, págs. 23 y ss., en <http://eprints.ucm.es/11652/> (consultado con fecha 1/03/2018).
- THALER, R. H. *Quasi Rational Economics*. Rougel Sage Foundation, 1991.
- THOMAS, Y. *Droit domestique et droit politique à Rome. Remarque sur le pécule et les "honores" des fils de famille*. Mélanges Ecole Française de Rome n° 94. 1982, págs. 527 y ss.
- TOMAS DE AQUINO. *Summa Theologica*, <http://hig.com.ar/sumat/> (consultado con fecha 19/07/2018).
- TOMULESCU, C.ST. *Gaius 2, 55 e l' "usucapio pro herede"*. Studi in onore di G. Grosso 4. Torino. 1971, págs. 417 y ss.
- TORRES LOPEZ, J. *Análisis económico del derecho. Panorama actual*. Tecnos. Madrid, 1987.
- TORRENT RUIZ, A. ¿Justicia sin Estado? ¿Es el Estado un mal innecesario? Procesos de Mercado IV, 1. 2007, págs. 257 y ss.**

Interpretación de la "voluntas testatoris" en la jurisprudencia republicana: la causa curiana. AHDE, XXXIX, 1969, 173 ss.;

La Constitutio Antoniniana: reflexiones sobre el papiro Giessen 401. Edisofer. Madrid. 2012.

El concepto de iustitia en los juristas romanos. RIDROM n° 20, abril 2018.

Manual de Derecho Privado Romano. Neoediciones S.A. Madrid, 1993.

TUCCI, G. *I privilegi.* (Tratatto di Diritto Privato, dirigido por P. Rescigno). UTET. Torino, 1985.

TUCILLO, F. *Algunas notas sobre las servidumbres prediales en la tradición romanística y en las modernas codificaciones.* RIDROM n° 19. Octubre, 2017, págs. 96 y ss.

TURIEL DE CASTRO, G. *De causa curiana.* Salamanca, 1976.

VACCA, L. *Considerazioni sull'aequitas come elemento nel metodo della giurisprudenza romana.* Studi in memoria di G. d'Amelio I. Milano. 1978, págs. 397 y ss.

Il c.d. duplex dominium e l' "actio Publiciana", en AA.VV. *La proprietà e le proprietà,* a cura di E. Cortese. Milano, 1988, págs. 39 y ss.

VALIÑO, E. *"Acciones utiles"*. EUNSA. Pamplona, 1974.

VAN OVEN, J.C. Remarques sur Gai 3, 91. Rivista internazionale di diritto romano e antico (IVRA) n° 1. 1950, págs. 21 y ss.

VARRON, M.T. *De lingua latina.* MEC. Madrid, 1990.

De lingua latina, en <https://gredos.usal.es/jspui/handle/10366/125117> (consultado con fecha 8/05/2018).

VASSALLI, F.E. *Concetto e natura del fisco.* SSE n° 25. Universidad de Siena. 1908, págs. 121 y ss.

VENTURINI, C. *Sulla legislazione augustea in materia di "manumissione".* Sodalitas. Scritti in onore di A Guarino Volumen V. Jovene Editore. Nápoles. 1984, págs. 2455 y ss.

VIGNERON, R. *L' antiféministe loi Voconia et les Schleigwege des Lebens.* Labeo n° 29. 1983, págs. 140 y ss.

VISMARA, G. *Ancora sulla "episcopalis audientia" (Ambroggio arbitro o giudice?).* SDHI n° 53. 1987, págs. 53 y ss.

VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano.* Civitas. Madrid, 1986.

Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali. Studi in memoria di A. Albertoni 1. págs. 339 y ss.

Osservazione sull'obbligo del lutto nel editto perpetuo. RISG n° 8. 1933, págs. 171 y ss.

V. LÜBTOW, U. *De iustitia et iure.* ZSS Romanistische Abtelilung n° 66. 1948, págs. 528 y ss.

WINDSCHEID, B. *Tratatto delle Pandette* (trad. Fadda, C.; Bensa, P.E.) I. Torino, 1925.

ZABLOCKA, M. *Il ius trium liberorum nell diritto romano.* BIRD n° 91. 1988, págs. 361 y ss.

ZAMBONI, A. *L'aequitas in Cicerone.* AG 170. 1966, págs. 187-194.

ZARZALEJOS, J.A. "Equidad". Gran Enciclopedia Universal. Tomo 8. Espasa. Madrid. 2003, págs. 3448-3449.

ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations: roman Foundations of the Civilian Tradition.* Clarendon Press. Oxford, 1996.