

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

EL CONCEPTO DE *IUSTITIA* EN LOS JURISTAS ROMANOS

THE CONCEPT OF *IUSTITIA* IN ROMAN JURISTS

Armando Torrent
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

El concepto de *iustitia* es uno de los más discutidos por filósofos y juristas desde el Mundo Antiguo hasta nuestros días; a la vez constituye una zona de frontera entre las disciplinas de aquellos estudiosos que con mayor o menor adherencia siguen planteamientos platónicos, pitagóricos, estoicos en Roma, iusnaturalistas en los planteamientos, cristianos medievales y de la Edad Moderna hasta los códigos (y los primeros códigos del s. XVIII son llamados precisamente iusnaturalistas), posteriormente los planteamientos hegelianos, kantianos, el realismo sueco y norteamericano, y hasta en la moderna teoría económica del derecho¹. De todos modos es significativo que en Roma encontramos frecuentemente el adjetivo *iustum*, tanto en situaciones que podemos calificar de derecho público (*bellum iustum*²) como también del privado (*iustae nuptiae*³).

¹ Vid. A. TORRENT, *¿Justicia sin Estado? ¿Es el Estado un mal innecesario?*, en *Procesos de Mercado*, IV.1 (2007) 257 ss.

² Este es un capítulo esencial de la historia militar romana; vid. E. CICOTTI, *L'UNA GUERRA E LA PACE NEL MONDO ANTICO*, (Torino 1901, reed. Roma 1971). Sobre el *bellum iustum* cfr. H. DREXLER, *Iustum Bellum* 1959), recogido en Id., *Politische Grundbegriffe der Römer*. (Darmstadt 1988) 188 ss.; S. ALBERT, *Bellum iustum. Die Theorie des „gerechten Krieges“ und ihre praktische Bedeutung für die auswärtigen Auseinandersetzungen Roms in republikanischer Zeit*, (Kallmünz 1980); D. MANTOVANI, *Bellum iustum. Die Idee des gerechten Krieges in der römischen Kaiserzeit*, (Berlin 1990); G. ACHARD, *Bellum iustum, bellum sceleratum slus les rois et la République*, en *Boll. St. Lat.* 24 (1994) 474 ss.; L. LORETO, *Il bellum iustum e i suoi equivoci. Cicerone ed una componente della rappresentazione romana del Völkerrecht antico*, (Napoli 2001); M. SORDI, *Bellum iustum ac pium*, en Ead. (cur.), *Guerra e diritto nel mondo greco romano*, (Milano 2003); A. CALORE, *Forme giuridiche del bellum iustum*, (Milano 2003); Id., *Bellum iustum tra etica e diritto*, en *Studi Labruna*, I (Napoli 2007) 607 ss.; N. RAMPAZZO, *Il bellum iustum e le sue cause*, en

En las fuentes romanas encontramos dos definiciones de *iustitia*. Comenzaré por citar la más antigua que debemos a Cicerón, *De inventione* 2,53,160, para pasar a la de Ulpiano D. 1,1,10 pr., retomada por Justiniano con ligerísimas variantes (*tribuens* justiniano por *tribuendi* ulpiano)⁴. Esta búsqueda además entiendo que no es un tema inocuo y no solo desde un punto de vista meramente científico, porque en estos tiempos en que tantos romanistas estamos inmersos, unos en la docencia y otros en la investigación, sobre problemas del derecho de la Unión Europea (como en Italia que ha atribuído por ley a los romanistas los cursos de “Fondamenti del diritto europeo”), quizá haya llegado la ocasión, como decía Gallo⁵ para llevar a cabo una especie de policía conceptual en relación a los problemas generales del derecho como su concepción, la función de la ciencia jurídica, los conceptos generales del ordenamiento jurídico, de modo que el derecho romano y tradición romanística constituyen el núcleo capital de la ciencia

INDEX 33 (2005) 235 ss.; F. MERCOGLIANO, *la guerra domestica di Pisone*, *ibid.*, V, 3564-3565. Para una amplia panorámica del derecho de guerra romano en la tradición romanística, vid. V. ILARI, *L'interpretazione storica del diritto di guerra romano fra tradizione romanistica e giusnaturalismo*, (Milano 1981).

³ La lit. sobre el matrimonio es inmensa; vid. con lit. R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, (Padova 2006).

⁴ Término correspondiente al *διανεμητικῆ* de los escritos filosóficos griegos.

⁵ F. GALLO, *Fondamenti romanistici del diritto europeo: a propósito del ruolo della scienza giuridica*, en M. P. BACCARI – C. CASCIONE (cur.), *Tradizione romanística e Costituzione*, II, (Napoli 2006) 1949 ss.

del derecho europeo⁶ que arrancan de una jurisprudencia primero pontifical y luego laica hasta llegar a la compilación justiniana. En nuestros días realmente estamos inmersos en una experiencia codicística que hoy se pretende superar con la convicción de la existencia de una conciencia jurídica europea común⁷, preparada remotamente por la codificación justiniana y cercanamente por el iusnaturalismo racionalista de los s. XVII y XVIII⁸, acabando el Código civil francés de 1804 con la vigencia del derecho romano, que de todos modos aún sigue teniendo virtualidad aunque solo fuera como instrumento de crítica del derecho positivo⁹, aunque solo sea como instrumento de crítica del derecho. Los dos siglos y medio de afianzamiento de los códigos hacen que no se pueda defender el mito de la utilización del derecho romano como derecho vigente¹⁰, como tampoco entender como derecho romano únicamente el justiniano, visión obviamente antihistórica, uno de los motivos

⁶ TORRENT, *Fundamentos del derecho europeo. Coencia del derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*, (Madrid 2007) 127 ss.

⁷ TORRENT, *Fund.*, 346 ss.

⁸ TORRENT, *El iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII orecurso de los códigos en la secuencia de fundamentos del derecho europeo*, (Madrid 2016)

⁹ Vid. TORRENT, *El derecho romano como instrumento para la crítica del derecho positivo*, en *Homenaje Vallet de Goytisolo*, I (Madrid 1988) 753 ss.;

¹⁰ En este sentido G. FALCONE, *Iuris praecepta, vera philosophia, iuris prudentia*, en *SDHI* 73 (2007) 354.

de la exagerada crítica de Gallo¹¹ a Falcone¹² que por el contrario se ha esforzado en mostrar la necesidad de que al valorar los textos del *Corpus iuris civilis* se vaya lo más atrás posible en la recuperación de la estratigrafía de los textos y de sus contenidos en relación a su concreto e irrepetible contexto jurídico, social, económico, político y cultural, estudiando el derecho romano *a se* sin admitir injerencias del presente¹³. Los textos fundamentales que van a ser objeto del presente estudio son:

Cic. *De inventione*, 2,53,160. *Iustitia est habitus animi, communi utilitate conservata sua cuique tribuens dignitatem.*

Cic. *De re publica* 3,24. *Iustitia autem praecipit parcere omnibus, consulere generi hominum, suum cuique reddere, sacra publica, alieni non tangere.*

Rhetorica ad Herennium, 3,2,3: *iustitia est aequitas ius uni cuique retribuens pro dignitate cuiusque.*

D. 1,1,10 pr. (Ulp. 1 *Regularum*). *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*

¹¹ GALLO, *Fondamenti romanistici*, 1957, 1959.

¹² Especialmente a las ideas expuestas por FALCONE en *La vera philosophia dei sacerdotes iuris. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D.1,1,1,1)*, en *AUPA* 49 (2004) 41 ss., donde fundamentalmente trataba de desentrañar el significado del *veram philosophiam affectare* referido por Up. a los juristas y el sentido de la contraposición entre *vera* y *simulata philosophia* que se lee cerrando D. 1,1,1,1: ... *vera, nisi fullor, non simulatam philosophiam adfectantes.*

¹³ FALCONE, *Iuris praecepta*, 355.

IJ. 1,1 pr. *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens.*

Entre los romanistas se suele cargar el acento sobre el verbo *tribuere* en sus diversas variantes, participio presente en Cic., en el *Auctor ad Herennium* y en las IJ, gerundio (*tribuendi*) en Ulp.¹⁴, texto que Falcone¹⁵ considera originario. Se discute asimismo la paternidad de los *Libri regularum* ulpianos, absolutamente negada por Tony Honoré¹⁶, y vista con mucha mayor cautela en el sentido de admitir un fondo ulpiano por Gallo¹⁷, y Frezza¹⁸. Schiavone¹⁹ se pronuncia decididamente por su autenticidad y considerando que aunque Ulp. no cita explícitamente a Cic.²⁰, asume su pensamiento como una adquisición madura en Roma, acogiendo plenamente la opción iusnaturalista (ciceroniana) aunque por razones totalmente distintas de las del arpinate²¹; también dice Schiavone que si la

¹⁴ Sobre el “background” filosófico ulpiano, vid. P. FREZZA, *La cultura di Ulpiano*, en *SDHI* 34 (1968) 363 ss.

¹⁵ FALCONE, *Ius suum cuique tribuere*, en *Studi Martini*, I (Milano 2008) 971 nt. 2.

¹⁶ T. HONORE, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, (Oxford 2002) 215 ss.

¹⁷ GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, en *SDHI* 54 (1988) 15 ss., = *Opuscula selecta*, (Vago di Lavagno-Verona 1999) 621 ss.

¹⁸ FREZZA, *La persona di Ulpiano* en *SDHI* 49 (1983)

¹⁹ A. SCHIAVONE, *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano, Una esegesi*, en *SDHI* 69 (2003) 14-15; lit. en nt, 28.

²¹ Pero sabemos que Ulp. era buen conocedor –y lector- de sus obras.

estructura iusnaturalista se desarrolla con una cierta continuidad en el pensamiento de la jurisprudencia, su significado ideológico se plantea desde el plano de la política del derecho que cada jurista tiende a presentar según exigencias y parámetros propios, lo que se puede advertir fácilmente en la arquitectura iusnaturalística gayana, como también en Ulp. que si por un lado repropone la conexión entre *iustitia*, *ius* y *aequitas*, llega a “uno strappo di una subordinazione del *ius* dalla *iustitia*” que tanto en Cic. como en Ulp. puede entenderse como un principio universal de equilibrio distributivo al que debe atenerse el *ius*.

Encontramos por tanto dos definiciones de *iustitia*, la de Cic. y la de Ulp. que conviene examinar; ambas se mueven desde el punto de vista de la *virtus* (fundamento moral), pero hay algunas diferencias²², porque si en Cic. el *genus* es el *habitus animi*, en Ulp. es la *voluntas* de la que predica ser *constans et perpetua*. Explica Gallo que su profesión de jurista llevaba a Ulp. a subrayar que en el derecho, como en cualquier otro sector del comportamiento humano, todo sucede a través de la voluntad del hombre, y la idea de buenas normas está influenciada por la voluntad de atribuir a cada uno su derecho. A su vez la supervivencia de un sistema jurídico depende de la voluntad de

²¹ Es muy probable que el primer jurista que despliega una estructura iusnaturalista haya sido Labeón, citado por Ulp. (8 *ad Ed.*) D. 47,4,1, (texto en mi opinión en conexión con Cic. *Top.* 23,90), asumiendo una *aequitas naturalis* que se superpone a la *aequitas civilis*.

los *consociati* (por decirlo en términos ciceronianos) de respetarlo, haciendo que cada uno o la comunidad tenga lo que les corresponde. A partir de aquí aparecen diferencias entre Cic. y Ulp. en mi opinión captadas erróneamente por Senn²³, que tiende a asimilar aquellas dos definiciones²⁴, porque si Cic. basa el objeto de la atribución (*suum cuique tribuere*) en la *dignitas* moviéndose por tanto en el campo filosófico-moral, Ulp. (D. 1,1,1,2) lo basa en el *ius*, que identifica, siguiendo a Celso, con el *ars boni et aequi*²⁵, introduciendo un tema tan resbaladizo como la ecuación *iustitia-aequitas*, pero partiendo también de concepciones filosóficas griegas como tratan de demostrar Waldstein²⁶ y Diesselhorst²⁷. La gran y novedosa

²² GALLO, *Dir. e giustizia*, 19.

²³ F. SENN, *De la justice et du droit. Explication et la definition traditionnelle de la justice*, (Paris 1927) 44.

²⁴ Entiende GALLO, *Dir. e giustizia*, 18, que Ulp. acogió las definiciones de la justicia corrientes en el ambiente cultural en que se movía.

²⁵ GALLO, *La „verità“ valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, en A. TRISCIUOGGIO (cur.), *Valori e principio del diritto romano. Atti Silvio Romano*, (Torino 2009) 83 ss.; Id., *La definizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, en *Teoria e storia del diritto privato*, 3 (2010) 1 ss.; Id., *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, (Torino 2010) 5 ss.; sobre el cual TORRENT, *Celso, Kelsen, Gallo e la rifondazione della scienza giuridica*, en *INDEX* 40 (2012) 437 ss.

²⁶ W. WALDSTEIN, *Zur Ulpian's Definition der Gerechtigkeit in D. 1,1,10 pr.*, en *Festschrift Flume*, I (Köln 1978) 217: „Gemeingut sowohl der peripathetischen als auch der stoischen Tradition“. Add. Id., *Ist das „suum cuique“ eine Leerformel?*, en *SDHI* 61 (1995) 179 ss.

²⁷ H. DIESELHORST, *Die Gerechtigkeitsdefinition Ulpian's in D.,1,1,1' pr. und die praecepta iuris nach D. 1,1,10,1 sowie ihre Rezeption bei Leibniz und*

aportación de Ulp. respecto a los estoicos consiste según Gallo²⁸ en la asunción por parte del derecho (por quienes lo crean, interpretan y aplican) del “compito” de cultivar la justicia como virtud, adquiriendo en sí mismos y promoviendo en los otros la voluntad firme y constante de atribuir a cada uno su derecho.

Si la *aequitas* es uno de los temas dominantes en la producción ciceroniana²⁹ introduciéndolo plenamente en el léxico filosófico de la lengua latina, el término abstracto *aequum* es mucho más antiguo y estaba presente en la tradición jurídica de la ciudad, usado en función de sustantivo abstracto³⁰ plenamente asumido por los juristas en los que encontramos la dicotomía diferenciadora *ius aequum-ius strictum*³¹, que para

Kant, en *Römisches Recht in die europäisches Tradition. Symposium Wieacker*, (Ebelsbach 1985) 190, que advierte diferencias entre Ulp. y la tradición estoica.

²⁸ GALLO, *Dir. e giustizia*, 19.

²⁹ También es uno de los temas más discutidos en la ciencia romanística; vid. A. GUARINO, s. v. *Equità (diritto romano)*, en *NNDI = Pagine di diritto romano*, 4 (Napoli 1994) 198 ss.; c. A. MASCHI, *Certezza del diritto e potere discrezionale del magistrato nel diritto romano*, en *Studi Betti*, 3 (1962) 413 ss.; Id. *Filosofia del diritto e diritto positivo*, en *Studi Donatuti*, 2 (Milano 1973) 709 ss.; A. BISCARDI, *Riflessioni minime sul conceptto di aequitas*, en *Studi Donatuti*, cit., I, 173 ss.; Id., *De aequitas and epikeia*, en A. M. RABELLO, *Aequitas and equity; equity un civil law and mixed Jurisprudence*, (Jerusalem 1997). 1-11; M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis e Celso in Ulp. D. 12,4,3,7*, en *BIDR 96 97 (1993-94)* 1 ss.

³⁰ SCHIAVONE, *Giuristi e principe*, 12.

³¹ Vid. F. PRINGSHEIM, *Aequitas und bona fides*, en *Conferenze per il XIV Centenario delle Pandette*, (Milano 1931) 643 ss.; = *Gesammelte Abhandlungen*, I (Heidelberg 1961) 154 ss.; Id., *Ius aequum und ius strictum*, en *ZSS* 42 (1921) 643 ss.; = *Ges. Abh.*, 131 ss.

Guarino³² está ligada a una noción tardía de *ius naturale*. La definición ulpiana no define los *praecepta iuris*, sólo los enumera de un modo muy genérico, lo que ha hecho plantear la ecuación igualdad-*aequitas* como regla de comportamiento; comportarse cada uno con los demás como espera que los otros se comporten conmigo, en lo que insiste Gallo³³ para dar una respuesta a la cuestión ¿cómo se determina el derecho de cada uno? Se ha entendido que recurriendo al *bonum et aequum*³⁴, pero a mi modo de ver este comportamiento nos lleva a un problema moral que no elimina cuestiones de valoración a no ser que se recurra al *ius naturale*, pero tampoco éste nos da soluciones definitivas para saber lo que corresponde a cada uno y a los demás. La solución aparentemente podía venir dando contenido a la definición ulpiana de la *iustitia* en relación con *ius*, pero no podemos recurrir al concepto moderno de derecho positivo (que nunca existió en Roma) y que enturbia la visión de los juristas (y de algunos romanistas) modernos al enfocar el derecho romano, origen de tantas dificultades para explicar *suum cuique tribuere* (o *tribuendi*), ni tampoco al *ius naturale* que en algunos textos romanos viene contrapuesto al *ius civile*, porque en las fuentes romanas ni el *ius naturale* es un derecho

³² GUARINO, *Diritto privato romano*¹², (Napoli 2001) 135.

³³ GALLO, *Dir. e giustizia*, 20-22.

³⁴ Que en Ulp. serviría de acicate para encontrar soluciones adaptadas a las circunstancias de cada momento histórico., con lo que permite hablar del derecho como producto artificial, uno de los temas preferidos de Gallo.

ideal y absoluto tal como pretendieron los medievales, ni el *ius civile* de ningún modo puede equipararse al derecho positivo (que en nuestros días está compuesto únicamente por los códigos y leyes especiales según casos y materias; hablo en este caso desde la experiencia jurídica española).

Conviene que nos detengamos en *tribuere* sin entrar en disquisiciones lexicográficas del tenor si fuera *tribuendi* el término más antiguo, lectura que prefiere Falcone³⁵, porque realmente la frase *suum cuique tribuere* (que para simplificar mi argumentación tomo simplemente como término de referencia) en la que Ulp. hace descansar su concepto de la *iustitia*, no recibe gran clarificación con el sustantivo *ius* en la versión del D. y de las IJ, tema que ha atraído la atención de la ciencia romanística³⁶, siendo por ahora la ultimísima contribución la de

³⁵ FALCONE, *Ius suum*, 971.

³⁶ Cfr. además de los trabajos citados hasta el momento, y sin pretensiones de exhaustividad, H. SIBER, *Römisches Recht in Grunzügen für die Vorlesung*, II. *Römisches Recht*, (Berlin 1928) 2.; L. WENGER, *Suum cuique in antiken Urkunden*, en *Aus der Geisteswelt des Mittelalters. Studien M. Grabmann*, 2 (1935) 1415 ss.; A. CARCATERRA, *Iustitia nelle fonti e ella storia del diritto romano*, (Roma 1950) 82, 90; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, I (Bologna 1966) 146; C. GIOFFREDI, *Sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*, en *BIDR* 70 (1967) 231, 238; A. BURDESE, *Sul concetto di giustizia nel diritto romano*, en *ASD* 14-17 (1970-73) 108; M. KASER, *Zum ius-Begriff der Römer*, en *Acta Juridicæ*, (1977) 67; WALDSTEIN, *Zur juristische Relevanz der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Cicero und Ulpian*, en *Der Gerechtigkeitssanspruch des Rechts. Festschrift Mayer-Maly*, III (München 1996) 64; U. von LÜBTOW, *Die Anschauungen der römischen Jurisprudenz über Recht und Gerechtigkeit*, en *Studi Sanfilippo VI*, (Milano 1985) 526, 530; P. CERAMI, "Ordo legum" e "iustitia" in *Claudio Trifonino*, en *AUPA* 40 (1988) 331; GALLO, *L'interpretazione del diritto è affabulazione?*, en *RDR* 3 (2003) 39 SS.; Id., *Aspetti peculiari e qualificanti della*

Alessandro Corbino, quien amistosa y generosamente ha querido escribir para mi Homenaje³⁷. Falcone³⁸ estima además que no puede excluirse que Ulp. pensase no en los juristas sino en los jueces, o quizá también en los funcionarios imperiales encargados de juzgar.

La cuestión se complica porque el propio Ulp. (2 Reg.) D. 1,1,10,1: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, sitúa esta tercera parte de los *praecepta* junto a conceptos tan abstractos y absolutamente voluntarísticos como *honeste vivere* y *alterum non laedere*, que aún en su abstracción proporcionan parámetros para medir la conducta de los hombres (el buen *paterfamilias*, el *bonus vir*, las lesiones a otros tanto en su vertiente de represión penal como privatística con ocasión de violación de la *bona fides*). Señala

produzione del diritto nell'esperienza romana, en IVRA 54 (2003) 10; G. VAN DEN BERGH, *Jedem das Seine*, en *Forum Histoae Iuris*, 2005 (www.forhisiur.de/zitat/0503vandenbergh.htm §§ 8.10; ; L. PEPPE, "Jedem das Seine" (uni)quique wsuum "a ciascuno il suo", en *Tradiz. romanística e Cost.*, cit., II, 1745; A. SICARI, "Suum cuique tribuere" nell'esperienza giuridica romana: "duttilità di un principio fra valori e diritto", en *Roma e America*, 34 (2013) 11 ss. FALCONE, *Ius suum*. 972 -973 sostiene que *ius suum tribuere* no ha sido afrontado de modo autónomo, preguntándose frente a la doctrina tradicional, según la cual Ulp. habría afirmado que la *iustitia* es la voluntad firme y estable de atribuir a cada uno su derecho o lo que le corresponde en términos de ventaja, proponiendo Falcone si esta referencia se refiriera más bien a la atribución de la "posición jurídica" que corresponde a cada uno no necesariamente favorable, como ocurre con la obligación de cumplir una prestación o la sujeción a una sanción consecuencia de la comisión de un acto ilícito.

³⁷ A. CORBINO, *Ius suum cuique tribuere. Osservazioni minime sulla definizione ulpiana di giustizia (D. 1,1,10 pr. e Rhetor. ad Her. 3,2,3)*, en *Homenaje Torrent*, (Madrid 2016) 155-165.

Corbino³⁹ que *ius suum cuique tribuere* y *suum cuique tribuere* no son dos variantes expresivas de una misma idea, sino dos formulaciones que tienen distinto objeto; en la primera el *ius suum* no va referido a una persona⁴⁰ (como titular de expectativas ventajosas, o si se quiere, como titular de una situación compleja que la expone a obligaciones y deberes⁴¹), sino a una *res* que Corbino⁴² precisa como “un affare, questione di rilievo giuridico, di vicenda” que suscita intereses y reclama disciplina, una *res* que todos los operadores “coinvolti” están llamados a disciplinar, actuando precisamente la *iustitia* en la específica, diversa y concurrente función práctica que deben ejercitar juristas, magistrados y jueces. A esto parece apuntar el término *voluntas* que abre nuestros textos, que con toda verosimilitud parece dirigido a los juristas, que en un plano no estoy seguro si decir retórico o simplemente idealista, incluso romántico, vienen llamados por Cic. *sacerdotes iustitiae*⁴³,

³⁸ FALCONE, *Ius suum*, 1013.

³⁹ CORBINO, *Ius suum*, 156.

⁴⁰ Como hasta ahora había entendido la doctrina romanística sugestionada por el pronombre relativo *cuique*, que siempre se había considerado referido a una persona, y de ahí la radical novedad del planteamiento de Corbino.

⁴¹ Esta parece ser la lectura de FALCONE, *Ius suum*, 973 nt. 8.

⁴² CORBINO, *Ius suum*, 156 nt. 8; add. Id., *Diritto privato romano*³, (Padova 2014) 260 ss.

⁴³ Vid. H. TAPANI KLAMI, *Sacerdotes iustitiae Rechtstheoretische und historisch-methodologische Bemerkungen uber die Entstehung des romischen*

voluntas que en todo caso demuestra que para los clásicos el derecho era exclusivamente un producto humano coincidiendo en este punto Gallo y Falcone, que sin embargo discrepan en tantos otros.

De hecho, la definición de la justicia como *voluntas* sufrió una importante evolución histórica y Cic. (*De inv.* 2,53,160) realmente no define la *iustitia* como *voluntas* sino como hábito, disposición del alma, concepto que será retomado en la Edad Media cristiana, de modo que se piensa en una conexión inescindible con los *praecepta iuris* que los juristas irían desarrollando a partir de los genéricos *honeste vivere* y *alterum non laedere*. El problema de estas conexiones es una empresa ardua; Corbino⁴⁴ observa que sustanciar el concepto de *iustitia* en términos de contenidos normativos correspondientes a “*attese generali*” es empresa vana; lo es para nosotros actualmente y lo era para los romanos haciéndola imposible la obvia variación histórica de los contenidos de aquellos principios o *praecepta*; ejemplos de ello los tenemos en la variación del contenido de la *patria potestas*⁴⁵ que para Gayo era *proprium civium Romanorum* desde el originario *ius vitae et necis* a la *pietas* de época adrianea, o la usucapibilidad de las servidumbres hasta su prohibición por la *lex Scribonia* que

Rechtspositivismus, (Turku 1978); FALCONE, *La vera philosophia dei sacerdotum iuris*. cit., 41 ss.

⁴⁴ CORBINO, *Ius suum*, 157.

representa un notable salto cualitativo en la misma concepción del derecho en cuanto las servidumbres rústicas pasan de ser una situación puramente real (o acaso de propiedad dividida o funcional, concepto caro a Kaser) a *nomen iuris*. Por ello dice Corbino que cualquier intento en el sentido mencionado está destinado a encharcarse en la inevitable objeción de absoluta subjetividad del objetivo propuesto que expresaría siempre un “punto de vista” aunque hubiera sido vivido por el proponente como expresivo de valores universales incluso compartidos (y todavía sustancialmente coincidentes únicamente con los propios).

La tesis de Corbino conduce a una concepción absolutamente relativista de la justicia y del derecho que vienen tantas veces acostados una y otro en la producción justiniana del derecho, que por otra parte en Justiniano tiene una fortísima proyección positivista⁴⁶: sólo es derecho la voluntad del emperador, por lo que de alguna manera hasta podrían entenderse como algo discordantes los títulos introductorios del D. y de las IJ en la exposición de la *iustitia* acaso más del gusto de los compiladores que del propio emperador. Los compiladores siguiendo este afán traen en causa un texto de

⁴⁵ Vid. TORRENT, *Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet*, en *INDEX* 35 (2007) 159 ss.

⁴⁶ GALLO ha insistido en numerosos trabajos sobre la actitud positivista de Justiniano; vid. *Celso e Kelsen*, cit. Id., *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, (Torino 2014) 49 ss.; TORRENT, *Celso, Kelsen, Gallo*, cit.; Id., *La fractura justiniana en la producción del derecho, la prohibición de comentar el Digesto y su ideología positivista*, en *SDHI*, 79 (2013) 191 ss.

Ulp., precisamente el primer texto que abre el D., relacionando *nomen iuris... a iustitia appellatum...* ofreciendo una explicación semiológica totalmente gratuita traída probablemente para enlazar con la definición del *ius* de Celso como *ars boni et aequi* que podía perfectamente haber sido puesto a la cabeza del D. ahorrándonos el comentario filológico para mí alejado del pretendido contenido normativo genérico de D. 1,1,10,1, que como ya he dicho me parece que apunta a comportamientos voluntarísticos que ante todo envuelven una valoración moral del actuar humano que no sólo debe ajustarse a aquellas *virtutes: honest vivere* y *alterum non laedere*, sino también a la *prudentia* en el operar jurídico que viene reclamada en la misma definición ulpiana de *iurisprudencia* (D. 1,1,10,2) aplicándose tanto en derecho privado como en el público (Cic. *de oratore* I,256: *prudentia iuris publici*), y hasta en ámbitos tan alejados del derecho como las campañas bélicas (Liv. 4,41,2: *prudentia rei bellicae*), el ejercicio del *imperium* (Cic. *ad Atticum* 1,2,3: *prudentia imperii*). Estamos como vemos en el campo de las *virtutes* (la *prudentia* es *virtus*) siendo la *iustitia* sin duda una de las principales potencias del alma (para decirlo en términos de la teología moral católica). De todos modos, a la altura de tantos siglos de tradición romanística y de intensísimo laboreo sobre las fuentes romanas, creo que puede decirse que necesariamente el concepto de *iustitia* no era exactamente el mismo en tiempos de Ulp. que en la época justiniana, ni tenían

el mismo valor las proposiciones enunciativas de una y otra época, que Corbino⁴⁷ atribuye a manipulaciones compilatorias.

D. 1,1,1 pr. (Ulp. 1 *Inst.*) *Iuris operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat, est autem a iustitia appellatum: ut eleganter Celsus definit, ius est ars bono et aequi.*

Que hubiera manipulaciones compilatorias en la cadena de transmisión textual entre Ulp. y los comisarios justinianos parece evidente; no es congruente el empleo de *suum cuique tribuere* y *ius suum cuique tribuendi*, porque *ius suum* sólo aparece una vez en un rescripto de Antonino Pío a Marciano procónsul de la Bética en D. 1,6,2 (Ulp. 8 *de off. proc.*). Del estudio pormenorizado de D. 1,1,1,1, parece más correcta la primera versión ulpiana, poniendo la justicia en línea con la idea de los valores morales de procedencia estoica, y por tanto más cerca de valores morales que de los *praecepta iuris* de D. 1,1,10,1, que no dejan de ser un catálogo idealista genérico de buenas intenciones (vivir honestamente, no causar daño a otro, dar a cada uno lo suyo), y acaso la versión justiniana *ius suum cuique tribuendi* correspondiera a un momento más evolucionado del pensamiento jurídico que en la época justiniana estaba permeado por el *ius naturale* en que la defensa del *ius suum* adquiere un relieve del todo particular, mientras que por ejemplo en la *Rhet. ad Her.* la confluencia *iustitia-aequitas-dignitas* nos sitúa en un plano caro al estoicismo. Corbino⁴⁸ insiste que

⁴⁷ CORBINO, *Ius suum*, 160.

en el *Auctor ad Her.* la *iustitia* es descrita *aequitas ius unicuique rei tribuens* que toma el sentido de “atteggiamento” operativo que actuaba la equidad mediante la atribución de una disciplina jurídica a cada *res*⁴⁹ en la visión particular de Corbino que considera el *ius tribuendi* no referido a las personas sino a las cosas por lo que entiende la noción de justicia en la *Rhet. ad Her.*: “dar a cada uno lo que le corresponde según su dignidad”; claro que de este texto se han dado numerosas lecturas y versiones, y la de Corbino está fundamentada mientras que las de otros realmente algunas son extravagantes.

Se separan del entendimiento tradicional del *suum tribuere* Villey⁵⁰ y d’Ors⁵¹. El primero va muy lejos porque entiende referido el *ius tribuere* de Ulp. al campo penal: a cada uno corresponde lo que vale, su justo precio, la recompensa o el castigo proporcionados a su méritos: ἀξίαν, siguiendo modelos griegos, y también que la justicia determinará el estatuto de cada persona y cada cosa según la equidad⁵². D’Ors mantiene una tesis que yo llamaría procesalista (quizá influido por

⁴⁸ CORBINO, *Ius suum*, 164.

⁴⁹ Que pretende ver confirmado en D. 26,3,31,1 (Trif. 9 *disput.*)

⁵⁰ M. VILLEY, *Suum ius cuique tribuere*, en *Studi De Francisci*9, I (Milano 1954) 364 ss.

⁵¹ A. D’ORS, *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de ius*, en *Studi Albertario*, II (Milano 1953) 284 ss.

⁵² G. LURASCHI, *Il “praemium” nell’esperienza giuridica romana*, en *Studi Biscardi*, IV (Milano 1983) 250 n. 45, considera la explicación de Villey “largamente condivisibile”

Kaser), al afirmar “que la distribución tenga por objeto el *ius* quiere decir no que se dé a cada uno su derecho subjetivo, sino que se le reconozca su posición justa. El juez pone las cosas en su sitio, coloca a cada uno en la posición conveniente: en eso consiste precisamente la *iustitia*, virtud eminentemente judicial, si bien se puede decir igualmente del legislador, o de la *lex* misma que *dat* o *tribuit ius*”. De algún modo participa de esta visión procesalista Falcone⁵³ cuando dice que no se puede excluir que Ulp. pensase en los jueces (y quizá en los funcionarios imperiales encargados de juzgar) antes que en los juristas (que en su época por otra parte ya tenían poco que decir en la producción del derecho⁵⁴), y el propio Falcone habla de una justicia “judicial”, que tampoco es una novedad absoluta pues de alguna manera la Glosa había intuido este enfoque en los textos ulpianos que siguen algunos autores del s. XVIII⁵⁵.

Gallo⁵⁶ no cree que la redacción de D. 1,1,10,1-2 se deba a Ulp., estimando que los *praecepta iuris* son presentados como máximas elaboradas en el campo filosófico para la práctica de la

⁵³ FALCONE, *Ius suum*, 1013.

⁵⁴ Sin duda la auténtica jurisprudencia creadora fue la republicana, y sobre todo la del s. I a. C. centrada en Quinto Mucio Scaevola y Servio Supicio Rufo con sus respectivas escuelas muciana y serviana. En este punto hay que destacar la imponente función renovadora de los *auditores Servi*; y dentro de éstos Aulo Ofilio; vid. TORRENT, *El aparente desinterés de la jurisprudencia tardo-republicana por las societates publicanorum*, en TSDP, 8 (2015) 1 ss.

⁵⁵ Vid. FALCONE, *Ius suum*, 1001 nt. 60.

virtud de la justicia, y la transposición del campo filosófico al jurídico tiene un significado preciso: la traducción de la justicia en el derecho como enuncia la rúbrica D. 1,1 *De iustitia et iure*. Gallo considera que las máximas utilizadas (*honeste vivere...*) aludían a la idea y a la práctica de la justicia, y por ello su subsunción como principios fundamentales del derecho era idónea para la representación de la *iustitia*, o desde otro ángulo, elevar el derecho al rango de la misma (*virtus, ars iuris*). Pero tal operación corresponde al diseño legislativo de Justiniano no a la articulada disquisición ulpiana sobre el nexo existente entre *ius* y *iustitia*, por lo que Gallo piensa que la redacción del texto y su conjunción con la definición de justicia son debidos a los compiladores justinianos, aunque admite la posibilidad de que Ulp. haya citado máximas filosóficas sobre la práctica de la justicia, pero en clave crítica, no adhesiva. De este modo Ulp. pudo enaltecer el operar de los juristas como *vera philosophia* anudada a la realidad en contraposición a la de los filósofos, *simulata philosophia* no práctica ni productiva.

Llegados a este punto se entrecruza la reflexión ulpiana entre la *vera* y la *simulata philosophia* en relación con el *dictum* celsino *ius est ars boni et aequi*, que no deja de asombrar por situarlo los compiladores al inicio del D. y que falta sin embargo en las IJ donde los jóvenes estudiantes daban los primeros pasos en su *eruditio iuris*⁵⁷. Entiende Gallo⁵⁸ que

⁵⁶ GALLO, *Dir. e giustizia*, 22.

honeste vivere no puede considerarse principio jurídico, y desde luego no tiene el valor de cosa juzgada que señala el propio Ulp .D. 50,17,207: *res iudicata pro veritate accipitur*, aunque es consciente que no siempre la *res iudicata* corresponde a la *veritas*. Considero que esta afirmación de Ulp. en el fondo es una ficción, una ficción útil pues en algún momento el juez tiene que dictar una solución al caso planteado, lo que nos sitúa en el relativismo y artificialidad del derecho, sea pronunciado por los jueces o promulgado por la cancillería imperial. Tampoco en su genericidad pueden ser asumidos como principios jurídicos *alterum non laedere*. Para Gallo el derecho no veta causar daño a otro, sino causarlo sin fundamento, caso de la legítima defensa: quien causa daño a otro no experimenta ninguna reprobación jurídica si está justificada su actuación. Similarmente el derecho no impone hacer llegar a cada uno lo suyo, sino su derecho; la máxima debe ser integrada en este sentido en la definición ulpiana y dado el vacío de estos *praecepta* Ulp. se ve obligado a recurrir al *ius* como *ars boni et aequi* para alcanzar la solución del caso propuesto a su conocimiento.

⁵⁷ Señala FALCONE, *Iuris praecepta*, 360 nt. 10, que las disfunciones en la selección de textos clásicos que se encuentran en el D. y en las IJ puede depender de las diferentes visiones y sensibilidad de cada comisario; cfr. sobre el argumento Id., *Il metodo di compilazione delle Istituzioni di Giustiniano*, en AUPA, 45 (1998) 226 ss.; Id., *Genesi e valore della definizione di synallagma nella Parafrasi di Teofilo*, en *Studi Talamanca*, cit., IV, 71 ss.

⁵⁸ GALLO, *Dir. e giustizia*, 23.

También es confusa la relación que puede haber entre la definición celsina del *Ius* (insisto, citada por Ulp.) y la definición ulpiana de la *iurisprudencia* (D. eod. § 2): *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. Gallo⁵⁹ no considera ulpiano este § en la formulación transmitida por los comisarios justinianos, entendiéndolo inverosímil que Ulp. u otros juristas hubieran dando una noción de *iurisprudencia*, porque si la *prudencia* es una virtud, no es “agevole” referirla al derecho, y la misma concepción del derecho aceptada por Ulp. del *ius* como *ars boni et aequi* impide ver en el mismo el objeto de la *prudencia* que constituye un elemento del *ars*.

Rechaza Falcone⁶⁰ los argumentos de Gallo, y entiende perfectamente posible que los justinianos hicieran suya la identificación celsina *ius-ars* y el añadido ulpiano; en el ambiente de la compilación (vid. const. *Omnem* 5 que se refiere precisamente al derecho) *ars* tenía el sentido de disciplina, materia, conjunto de conocimientos, y podría haber sido transportada sin problemas a IJ 1,1 dada su finalidad didascálica advirtiendo a los estudiantes desde el primer momento “el derecho es el arte de lo bueno y de lo justo”, la misma finalidad didáctica que expresa IJ 1,1,4 con el término *studium: huius studii duo sunt positiones...*⁶¹, y de todas maneras

⁵⁹ GALLO, *Dir. e giustizia*, 24.

⁶⁰ FALCONE, *Iuris praecepta*, 360-361.

hay que tener en cuenta que las llamémoslas disfunciones o disonancias en el D. y en las IJ en la selección de textos clásicos por los comisarios puede depender de la formación, aficiones, cultura jurídica de cada comisario⁶², que pueden explicar la peculiar estratificación de los textos en el título I de IJ 1. Falcone no advierte ninguna relación significativa sobre el plano de las concepciones jurídicas entre el texto celsino con la presencia contextual en el § 3 de los *praecepta iuris* sean o no de originalidad ulpiana, explicando esto por la peculiar estratificación de los textos en las IJ y considerando que los *praecepta iuris* debieron ser un añadido de Triboniano en un momento ulterior a la selección y colocación de los textos por otro comisario.

Desde luego se advierte un cierto desorden en la colocación de los textos en las IJ. En el § 2; *His generaliter cognititis et incipientibus nobis exponere iura populi Romani* que tiene todo el tufo de mano directa de los compiladores, da por sabidas (*generaliter cognititis*) las nociones generales que debían haber sido descritas en el § 1 que a su vez había debido comenzar por la exposición de las nociones de *iustitia*, *iurisprudentia* y los

⁶¹ FALCONE, *La vera philosophia*, 43 ss.; Id., *Un'ipotesi sulla nozione ulpiana di ius publicum*, en *Tradiz. romanist. e Cost.*, cit, II, 1187 ss.

⁶² Viid. refiriéndose a la citación y transmisión del texto de Celso, F. GORIA, *La definizione del diritto di Celso nelle fonti greche*, en G. SANTUCCI (cur.), *"Aequitas"*. *Giornate in mem. Paolo Silli*, (Padova 2006) 280 nt. 10, y desde aproximaciones más generales FALCONE, *Il metodo di compil.*, 226 ss.; Id., *Genesi e valore della definizione di synallagma*, 71 ss.

praecepta iuris; otra aporía es que los *iura populi Romani* del § 2 comienzan a exponerse en el 4: *Huius studii...* ⁶³

En mi opinión los *praecepta iuris* no tienen que ser necesariamente de mano triboniana, y considero más probable que fueran de mano ulpiana; la amplísima cultura jurídica y filosófica de Ulp. ha sido demostrada por Frezza y Honoré, y la idea de justicia distributiva expresada en el *suum cuique tribuere* tiene claras connotaciones estoicas, y ya los epicúreos habían afirmado la libertad de pensamiento -único “placer” sobre todos demás- eliminando falsos conceptos sobre los dioses con la abolición total de la función política de la religión⁶⁴, motivo por el cual en el 173 a. C. el Senado romano⁶⁵ expulsó de la ciudad a dos discípulos de Epicuro, Alceo y Filisco con la falsa acusación de haber introducido en Roma costumbres licenciosas. Pocos años después de esta expulsión llegó Polibio a Roma, primero como huésped, permaneciendo en Roma durante 17 años, donde ejerció gran influencia sobre los hombres más cultos de entonces y en particular en el ilustrado círculo de los Escipiones, donde tuvo tiempo para escribir sus *Historiae* en las que narraba la grandeza romana y su admiración por el régimen político imperante, criticando con

⁶³ Sobre estas aporías y descolocaciones de los textos, vid FALCONE, *Iuris praecepta*, 362-363 nt. 16.

⁶⁴ B. FARRINGTON, *Ciencia y política en el Mundo antiguo*, (Madrid 1965) 143.

⁶⁵ *Athenaeus* XII,547.

dureza las supersticiones romanas creadas a su juicio para impresionar a las masas inestables y llenas de deseos violentos (idea tomada de Platón, que pone la razón en la cabeza de una clase, los gobernantes, y de ahí la simpatía de Pol. por la aristocracia romana) de tal modo que “si fuese posible crear un Estado en que todos los ciudadanos fuesen filósofos, podríamos dejar de hacer este tipo de cosas”⁶⁶.

La cultura de Ulp. tenía que conocer estos movimientos filosóficos siendo consciente de que el derecho es un producto exclusivamente humano que debe alejarse de connotaciones arbitrarias para tener en cuenta aquellos *iuris praecepta* que aún dentro de la genericidad de los dos primeros, encuentra su referencia jurídica en el *suum cuique tribuere*. Estos tres *praecepta* aportados por Ulp. en clave de *regulae*⁶⁷ esclarecedores de la *iustitia* como *virtus*, eran de por sí suficientes para ser aplicado el derecho por juristas (que señalaban a los órganos juzgadores argumentos para sus sentencias) como para los jueces llamados a aplicarlo.

⁶⁶ Pol., *Hist.* VI, 56. Cfr. Estrabón, I,2,8; Liv. I.19, y 43,13; Plut. *Numa*, IV,8 y 8,3.

⁶⁷ FALCONE, *Ius suum*, 1014.