

[www.ridrom.uclm.es](http://www.ridrom.uclm.es)

ISSN 1989-1970

[ridrom@uclm.es](mailto:ridrom@uclm.es)

**RIDROM**

Derecho Romano,  
Tradición Romanística y  
Ciencias  
Histórico-Jurídicas

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](mailto: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 vigente<sup>1</sup>, como lo demuestra el hecho de que, tras

---

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



cristiano con posterioridad<sup>8</sup>. Relacionado con el formalismo del Derecho romano<sup>9</sup>, 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 dada<sup>10</sup>. 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 romanas<sup>11</sup>.

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

---

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

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág. 99.

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 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*)<sup>12</sup>.

Subrayamos también otra nota propia del Derecho romano, cual es la simplicidad elemental<sup>13</sup> y la espontaneidad<sup>14</sup> de las soluciones adoptadas en su seno<sup>15</sup>, expresión inequívoca de economía jurídica<sup>16</sup>, lejos de una aparatosidad y abstracción artificiosas<sup>17</sup>, siempre bajo el espíritu del sentido común y de la

---

<sup>12</sup> D. 44, 7, 13.

<sup>13</sup> IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1997, págs. 286 y ss.

<sup>14</sup> IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1997, pág. 121.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1997, págs. 299 y ss.

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









*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 emanaban<sup>35</sup>.

Incluso podemos destacar a su vez el nacionalismo propio del Derecho romano, al ser este un ordenamiento jurídico privativo de los ciudadanos romanos<sup>36</sup>, 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.

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

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 43 y 44.

<sup>36</sup> SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 101, 141.

Imperio (212 d.C.)<sup>37</sup>, 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 individual<sup>38</sup>, dado que el poder público restringiría al mínimo su intervención en las relaciones privadas entre los individuos y permitiría actuar en cuanto a lo económico<sup>39</sup>: así es, existieron escasas limitaciones impuestas a las facultades del propietario<sup>40</sup>,

---

<sup>37</sup> *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.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 169.

<sup>40</sup> 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](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 Roma<sup>41</sup>; además, tanto la libertad contractual como la testamentaria<sup>42</sup> pasaron a formar parte del acervo jurídico de los romanos, pues “se desea que las normas del derecho dejen libre un amplio espacio”<sup>43</sup>.

A su vez, podemos destacar, frente al colectivismo marcadamente germánico, el exacerbado individualismo del Derecho romano<sup>44</sup>, 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”<sup>45</sup>, un egoísmo nacional, objetivo y organizado<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 178, 179.

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

<sup>44</sup> DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 169.

<sup>45</sup> 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).

<sup>46</sup> IHERING, R.V. *Op. Cit.* 1997, pág. 106.



la existencia de un proceso jurídico de evolución<sup>55</sup> y estratificación<sup>56</sup> 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 derecho<sup>57</sup>, religiosa en origen y posteriormente laica<sup>58</sup>, que se convertirá en fuente de producción del derecho por excelencia<sup>59</sup>, y se erigió en el antecedente más remoto de ciencia jurídica<sup>60</sup> 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 juristas<sup>61</sup>.

---

<sup>55</sup> FALCONE, G. *Iuris praecepta*. 2007, pág. 355.

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

<sup>57</sup> D. 1, 1, 10, 2.

<sup>58</sup> 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.

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

<sup>60</sup> DE CHURRUCA. *Op. Cit.* 2015, págs. 103, 104.

<sup>61</sup> KASER, M. *Op. Cit.* 1982, pág. 17.













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 tratara<sup>72</sup>.

Precisamente, este sentido práctico de la jurisprudencia<sup>73</sup>, a la sazón una de las fuentes más importantes de producción del Derecho romano<sup>74</sup>, 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

---

<sup>72</sup> 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.

<sup>73</sup> D. 1, 1, 10, 2.

<sup>74</sup> CICERON, M.T. *De officiis* 1, 43, 153.





costumbres de sus antepasados<sup>84</sup>, 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

---

<sup>84</sup> 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 concretas<sup>85</sup>, 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 justiniano<sup>86</sup> formule con carácter general los requisitos que deben concurrir en el nacimiento de una persona<sup>87</sup> a los fines de ser reputado como tal y, por ende, generar los efectos jurídicos que le son propios.

---

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

<sup>86</sup> 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.

<sup>87</sup> 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 otra<sup>88</sup>, 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 romano<sup>89</sup>; o premoriencia, por razón de la fortaleza física, en la época justiniana)<sup>90</sup>.

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 matrimonio<sup>91</sup>, 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.

<sup>88</sup> 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;

<sup>89</sup> D. 34, 5, 18.

<sup>90</sup> D. 34, 5, 9, 4.

<sup>91</sup> 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 criatura<sup>92</sup>. 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 general<sup>93</sup>, lo cierto es que necesidades de intendencia y de supervivencia imponían limitaciones sustanciales, como sucedía con la figura del colonato<sup>94</sup> y el ejercicio de otras profesiones<sup>95</sup>. 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.

<sup>92</sup> 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.

<sup>93</sup> SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág. 182.

<sup>94</sup> 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;



ciudadanía se refiere, sobre todo cuando se concede por disposición legal<sup>99</sup>, 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 provincia<sup>100</sup>, sin tener que olvidar tampoco el pragmatismo de ciertas decisiones políticas y, principalmente, tributarias<sup>101</sup>, como supuso en su momento la concesión universal de la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio (Constitución

---

<sup>99</sup> 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 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).

<sup>100</sup> 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.

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

Antoniniana<sup>102</sup> 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*<sup>103</sup>, amén de la importancia cobrada por la práctica de la beneficencia en la resolución de los problemas cotidianos, impulsarán su aparición<sup>104</sup> 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

---

<sup>102</sup> 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.

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

<sup>104</sup> 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 derechos<sup>105</sup>, que un sistema de acciones<sup>106</sup>:

La propia aparición de la fórmula en el procedimiento clásico (*per formulam*)<sup>107</sup> constituye una expresión del pragmatismo romano, dado que, por su través<sup>108</sup>, las partes no solo fijaban sus posiciones por escrito ante el magistrado, configurando la base del mandato dirigido por este al juez (*iussum iudicandi*)<sup>109</sup>, 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

---

<sup>105</sup> GIOFFREDI, C. *Sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*. BIDR n° 70. 1967, págs. 231, 238.

<sup>106</sup> 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.

<sup>107</sup> *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.

<sup>108</sup> 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.

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



llegados a este punto, las partes procesales ya no podían ser sustituidas por medio de representantes<sup>113</sup>.

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 extraprocesal<sup>114</sup>, cuya finalidad era evitar un pleito o, de no ser posible, prepararlo mejor, así como garantizar su efectividad (*interdicta*<sup>115</sup>, *missiones in possessionem*<sup>116</sup>, *stipulationes praetoriae*<sup>117</sup>, *restitutio in integrum*<sup>118</sup>).

---

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

<sup>114</sup> 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.

<sup>115</sup> 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.

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

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

<sup>118</sup> 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 extraordinem"*. 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 copropiedad<sup>119</sup>, basada en su individualismo<sup>120</sup> 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 efecto<sup>121</sup>: *actio communi dividundo*, *actio familiae erciscundae*.

---

<sup>119</sup> 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.

<sup>120</sup> 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.





vez más el pragmatismo del Derecho romano<sup>129</sup>: así sucede, por ejemplo, con alguno de los principios sobre los que gravita el funcionamiento de las servidumbres<sup>130</sup>: 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*<sup>131</sup> a finales del siglo IV a.C. para originar el derecho de enfiteusis<sup>132</sup>, como consecuencia

---

<sup>129</sup> 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.

<sup>130</sup> 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.; 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 n° 50 (1893), págs. 388 y ss.

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

<sup>132</sup> 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 superficie<sup>133</sup> 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 derecho<sup>134</sup>.

O, por fin, la propia evolución seguida por el Derecho romano en cuanto a los derechos reales de garantía (*fiducia*, *pignus*, *hypotheca*)<sup>135</sup>, 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](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.

<sup>133</sup> 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.

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

<sup>135</sup> 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*"<sup>136</sup> 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<sup>137 138</sup>.

---

<sup>136</sup> D. 45, 1, 38, 17.

<sup>137</sup> 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.

<sup>138</sup> 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*)<sup>139</sup>, del mismo modo que la que experimentarían las nociones de *contractus, conventio, pacta, nuda pacta*, reflejo del desarrollo histórico de la contratación en Roma<sup>140</sup>, 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*<sup>141</sup>, o el *pactum ut minus solvatur*<sup>142</sup>, que permitirán superar la tradicional máxima romana “*aliud pro alio invito creditori non postest*”<sup>143</sup>.

---

<sup>139</sup> 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 nº 30. 1983, págs. 81 y ss.; BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2006, págs. 365-369.

<sup>140</sup> 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.

<sup>141</sup> *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. Nº 13. 2009 (RI §408465).

<sup>142</sup> D. 2, 14, 7, 19.

<sup>143</sup> 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 mutuo<sup>144</sup>, un contrato de derecho estricto, y el pago excepcional de intereses -onerosidad-, a través de la *stipulatio usurarum*<sup>145</sup>, que serviría de antesala a la creación de la *stipulatio sortis et usurarum*<sup>146</sup> y de la legislación restrictiva posterior con el fin de poner coto a los abusos cometidos<sup>147</sup>; en el contrato de sociedad, la conexión del fin lícito<sup>148</sup> con un interés o utilidad común para todos los socios<sup>149</sup>, hasta el punto de extinguirse la sociedad por haberse cumplido el fin<sup>150</sup>, 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

---

<sup>144</sup> 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.

<sup>145</sup> D. 19, 5, 24.

<sup>146</sup> IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 2008, pág. 255.

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

<sup>148</sup> D. 17, 2, 57.

<sup>149</sup> 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 asuntos<sup>151</sup>, lo que explicará que opere en interés del mandante o de un tercero, y no del mandatario en exclusiva<sup>152</sup>, supuesto este que nos conduciría al consejo, que, para los romanos<sup>153</sup>, 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 económica<sup>154</sup>, al entender que aquella surgiría como resultado de la agrupación de varios grupos coligados en torno a un

---

<sup>150</sup> D. 17, 2, 65, 10.

<sup>151</sup> 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.

<sup>152</sup> D. 17, 1, 2, 6.

<sup>153</sup> *Institutiones Gai* 3, 155 y ss.

<sup>154</sup> 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 peculios<sup>155</sup>, práctica no exclusiva de los romanos con similitudes en el pueblo hebreo<sup>156</sup>, que pretendía adiestrar a los hijos varones en los negocios mediante la asignación de la administración y goce de un pequeño patrimonio<sup>157</sup>.

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 pupila<sup>158</sup>, 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

---

<sup>155</sup> D. 15, 1, 5, 3; D. 15, 1, 4 pr.; D. 39, 5, 7.

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

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

<sup>158</sup> 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.





fenómeno de la adopción<sup>163</sup>, 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*<sup>164</sup>, 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 práctica<sup>165</sup> 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 generosidad<sup>166</sup>. Este veto colateral propiciará el arraigo de

---

<sup>163</sup> Tabla IV, 2 y 3, en [http://ermoquisbert.tripod.com/dr/12t/12t\\_texto.htm](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.

<sup>164</sup> *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.

<sup>165</sup> 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.

<sup>166</sup> D. 24, 1, 1.

aquellas, y justificará que la mujer las constituyera mediante dote para asegurar así su posible restitución<sup>167</sup>. Evidentemente, una vez que las donaciones entre cónyuges resultan convalidadas, en el caso de que el donante muriera sin revocarlas<sup>168</sup>, 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*)<sup>169</sup>, sin precisar para ello insinuación<sup>170</sup>.

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 social<sup>171</sup>, entre cuyas medidas pueden destacarse, por ejemplo, el reconocimiento del *ius liberorum*<sup>172</sup>, en cuya virtud resultaban

---

<sup>167</sup> 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.

<sup>168</sup> D. 24, 1, 32.

<sup>169</sup> *Codex* 5, 3, 20.

<sup>170</sup> *Novellae* 119, 1; 127, 2.

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

<sup>172</sup> 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 cuatro<sup>173</sup>.

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*<sup>174</sup>, que concede un derecho recíproco de sucesión entre marido y mujer<sup>175</sup> 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 hereditarias<sup>176</sup> 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 desgracia<sup>177</sup>, dada la primacía con la que contaba la sucesión testada<sup>178</sup>.

---

<sup>173</sup> *Institutiones Gai* 1, 145.

<sup>174</sup> D. 38, 11.

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

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

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

<sup>178</sup> 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 práctico<sup>179</sup>: 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*<sup>180</sup> (procedentes de las personas que morían sin testamento ni herederos), como los *bona caduca*<sup>181</sup> (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* romano<sup>182</sup>, que los recibía libres de deudas o, por lo menos, sin que estas pudieran exceder del activo hereditario recibido *-intra vires hereditatis-*<sup>183</sup>. Ya en la época

---

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

<sup>180</sup> 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.*

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

<sup>182</sup> 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.

<sup>183</sup> 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*)<sup>184</sup>.

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 intereses<sup>185</sup>, 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 artificiosa<sup>186</sup>, 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.

<sup>184</sup> 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.

<sup>185</sup> CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I. *Op. Cit.* 2009, pág. 32.

<sup>186</sup> SCHULZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág. 62.











Evidentemente, un prisma tan laxo como el descrito permite a Cicerón asignar varios sentidos al término en cuestión: ya identificar *aequitas* con *iustitia*<sup>207</sup>, hasta el punto de otorgarle la consideración de fuente suprema del derecho<sup>208</sup>; ya esgrimirla como contrapunto al *ius civile*<sup>209</sup>; o, incluso, presentarla bajo una perspectiva de igualdad a la hora de aplicar la ley<sup>210</sup>, lo que la catapultaría al máximo rango jerárquico de las virtudes<sup>211</sup>, siempre tomada en consideración por los magistrados romanos<sup>212</sup> de la mano de la *fides*<sup>213</sup>.

---

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.;

<sup>207</sup> 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).

<sup>208</sup> 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).

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

<sup>210</sup> CICERON, M.T. *Tópicos a Cayo Trebacio* 4, 23-24, en <http://www.mercaba.org/SANLUIS/ALiteratura/Antigua/Roma/Ciceron%20Tulio%20Cayo/T%C3%B3picos%20a%20Cayo%20Trebacio.pdf>, pág. 5 *in fine* (consultado con fecha 3/05/2018).

<sup>211</sup> CICERON, M.T. *Tópicos a Cayo Trebacio* 23, 90.

<sup>212</sup> CICERON, M.T. *Pro Murena* 27.

<sup>213</sup> 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*<sup>214</sup>, 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 razonable<sup>215</sup>, en tanto que, más concretamente desde una perspectiva legal<sup>216</sup>, 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

---

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

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

<sup>216</sup> CICERON, M.T. *Rhetorica ad Herennium* 10, 14; 13, 20.



privilegio<sup>221</sup>, que ejerce su función con el rigor y la precisión de un criterio matemático<sup>222</sup> ante la rigidez de la ley<sup>223</sup>, y que se plasma en la libertad<sup>224</sup> que garantiza a cada ciudadano el logro de beneficios correlativos con sus méritos<sup>225</sup>.

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 pueblos<sup>226</sup>, puesto que, en aras del predicamento de la *utilitas* en la

---

<sup>220</sup> 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](http://www.deltacomweb.it/storiaromana/titolivio_storia_di_roma.pdf) (consultado con fecha 6/05/2018)).

<sup>221</sup> CICERON, M.T. *De Officiis* 1, 124.

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

<sup>223</sup> 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.

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

<sup>225</sup> PLAUTO. *Cisternalia*, 532; *Trinummus*, 452; 493.

<sup>226</sup> 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.









de *aequitas naturalis*<sup>241</sup>; ya por su relación con la *humanitas*<sup>242</sup>, entendida esta como el ideal de la perfecta educación humana de todo ciudadano romano<sup>243</sup> frente al estado de la barbarie -*acerbitas*-<sup>244</sup>, sin perjuicio del giro experimentado hacia la benignidad por influjo del estoicismo y la posterior identificación entre *humanitas* y *aequitas*<sup>245</sup> 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:

---

<sup>241</sup> D. 2, 14, 1 pr.; 13, 5, 1 pr.

<sup>242</sup> SCHULZ, F. *Op. Cit.* 2000, pág.

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

<sup>244</sup> CICERON, M.T. *Pro Archia*, 31.

<sup>245</sup> 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 sencillez<sup>246</sup>, caracterizada por su multivocidad<sup>247</sup>, en cuanto pluralidad de sentidos, lo que explicaría de alguna forma la dificultad de obtener por inducción una idea unitaria<sup>248</sup> y una definición solvente<sup>249</sup>, 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*<sup>250</sup>, fuente generadora de injusticia (*summum ius, summa iniuria*)<sup>251</sup>; en otra

---

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

<sup>247</sup> CARON, P.G. *Op. Cit.* 1971, pág. 1.

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

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

<sup>250</sup> 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.

<sup>251</sup> 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 jurídica<sup>252</sup> 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

---

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

por justicia<sup>253</sup>, 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 jurídica<sup>254</sup>. 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*)<sup>255</sup>, en la que, al margen de una cierta connotación retórica<sup>256</sup>, se invoca la idoneidad en la consecución de sus fines

---

<sup>253</sup> CARON, P.G. *Op. Cit.* 1971, pág. 3.

<sup>254</sup> D. 1, 2, 2, 1.

<sup>255</sup> D. 1, 1, 1 pr.

<sup>256</sup> IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 2008, págs. 55-57.

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

En esa estrecha relación mencionada y a mayor abundamiento<sup>258</sup>, 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 ley<sup>259</sup>; 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 supuestos<sup>260</sup>, la *aequitas*, sin embargo, persigue la conciliación de los intereses individuales<sup>261</sup>.

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

---

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

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

<sup>259</sup> V. LÜBTOW, U. *De iustitia et iure*. ZSS Romanistische Abteilung n° 66. 1948, págs. 528 y ss.

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

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

<sup>262</sup> CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I. *Op. Cit.* 2009, pág. 40.

<sup>263</sup> D. 12, 6; 14, 1; *Codex* 8, 17; 12, 8.



*aequitas* adquiere una de sus más importantes dimensiones<sup>271</sup>, 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*<sup>272</sup>, o *favor libertatis*<sup>273</sup>) 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 Tablas<sup>274</sup>, puesto que, en su virtud, se completarían y corregirían las deficiencias del *ius strictum* para que resultara equitativo<sup>275</sup>. Y es que, aunque en estos primeros tiempos la *aequitas* y el *ius civile* trazaron un claro deslinde, lo cierto es que presentan algunas conexiones<sup>276</sup>, ante la necesidad de moderar con ponderación el *ius strictum*. Aun así, en el proceso primitivo de las *legis actiones* el pretor no

---

<sup>271</sup> D. 5, 3, 50.

<sup>272</sup> D. 11, 7, 43.

<sup>273</sup> SCHULZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 241, 242.

<sup>274</sup> CICERON, M.T. *De Republica* II, 36, 61.

<sup>275</sup> CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I. *Op. Cit.* 2009, pág. 40.

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





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 indisoluble<sup>284</sup>.

Si bien la función de la jurisprudencia en la época preclásica del *ius praetorium* comenzó a tener gran relieve<sup>285</sup>, 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*)<sup>286</sup>. 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*<sup>287</sup>, 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*

---

<sup>284</sup> 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.

<sup>285</sup> 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.

<sup>286</sup> 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.

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



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 hechos<sup>293</sup>, 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<sup>294</sup>: *si iudex suam litem fecerit*<sup>295</sup>; *de sepulchro violato*<sup>296</sup>; *funeraria*<sup>297</sup>; *de effussis et deiectis*<sup>298</sup>; *de feriis*<sup>299</sup>; *iudicium de moribus*<sup>300</sup>; *de negotiis gestis*<sup>301</sup>; *rei uxoriae*<sup>302</sup>.

---

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

<sup>293</sup> GUARINO, A. *Actiones in aequum conceptae*. Labeo nº 8/1. 1962, págs. 7-15.

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

<sup>295</sup> D. 5, 1, 15, 1; *Institutiones* 4, 5.

<sup>296</sup> D. 47, 23, 1.

<sup>297</sup> D. 11, 7, 14, 13 y 17.

<sup>298</sup> D. 9, 3, 5, 6.

<sup>299</sup> D. 21, 1, 40, 1.

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

<sup>301</sup> *Institutiones* 3, 27, 1.

<sup>302</sup> *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*<sup>303</sup>, que concede la posesión provisional de los bienes hereditarios y que es susceptible de transformarse en propiedad mediante la *usucapio*<sup>304</sup>, 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 agnaticia<sup>305</sup>.

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*)<sup>306</sup>, 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

---

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

<sup>304</sup> IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 2008, págs. 383, 384.

<sup>305</sup> *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*<sup>307</sup>, 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*<sup>308</sup>, 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 *acciones in personam*

---

<sup>306</sup> GUARINO, A. *Collatio bonorum*. Società editrice del Foro Italiano. Roma, 1937.

<sup>307</sup> D. 37, 6, 1, 15.

<sup>308</sup> MURGA GENER, J.L. *Op. Cit.* 1983, págs. 132 y ss.; 277 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 consulado<sup>321</sup> e, incluso, como punto de contacto con la misma colegialidad de las magistraturas romanas<sup>322 323</sup>, uno de los signos distintivos y más destacables del nuevo poder político

---

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

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

<sup>323</sup> 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 universalidad<sup>324</sup>.

### 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 clásicos<sup>325</sup>, 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 pretor<sup>326</sup> como un medio para ayudar, corregir, suplir y

---

<sup>324</sup> IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 2008, pág. 64.

<sup>325</sup> DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 171.

<sup>326</sup> 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*<sup>327</sup>, así como también suministra la noción de la *aequitas naturalis*<sup>328</sup>, 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.

<sup>327</sup> IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 2008, pág. 58.

<sup>328</sup> CARON, P.G. *Op. Cit.* 1971, pág. 10.

Dos son las versiones predominantes<sup>329</sup> 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 extra ordinem*, 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 Dominado<sup>330</sup>, 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 extrajurídicos<sup>331</sup> 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

---

<sup>329</sup> 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](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/55021/1/Anales_Fac_Derecho_02_16.pdf) (consultado con fecha 2/06/2018).

<sup>330</sup> 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.

<sup>331</sup> 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 otro<sup>332</sup>, 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 misericordia<sup>333</sup>, 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 romano<sup>334</sup>, 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

---

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

<sup>333</sup> CARON, P.G. *Op. Cit.* 1971, págs. 8, 9.

<sup>334</sup> D. 6, 1, 38

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

Así, por ejemplo, Diocleciano<sup>336</sup> concederá la *actio utilis propter aequitas rationem*<sup>337</sup>; Severo y Antonio recurren a la *aequitas* para tratar de justificar determinadas decisiones<sup>338</sup>, al igual que otros emperadores más, entre ellos Gordiano<sup>339</sup>, Alejandro Severo<sup>340</sup>, Antonino Pío<sup>341</sup>, Marco Aurelio<sup>342</sup>, o el mismo Caracalla<sup>343</sup>.

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*

---

<sup>335</sup> USCATESCU BARRON, J. *Op. Cit.* 1993, págs. 98, 99.

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

<sup>337</sup> *Codex* 3, 42, 8, 1

<sup>338</sup> *Codex* 6, 2, 1; 4, 32, 2.

<sup>339</sup> *Codex* 4, 32, 3.

<sup>340</sup> D. 4, 31, 5 y 6; 5, 21, 1.

<sup>341</sup> D. 4, 1, 7.

<sup>342</sup> D. 50, 8, 12;

<sup>343</sup> 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 derecho<sup>344</sup>. Con ello se consuma la asimilación entre la *aequitas* y otros valores extrajurídicos (*benignitas*, *clementia*, *humanitas*<sup>345</sup> y *charitas*<sup>346</sup>), 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 Roma<sup>347</sup>: 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*<sup>348</sup>, en una clara manifestación de relegamiento del interés privado del ciudadano respecto del que es común de la colectividad, superior a aquel.

---

<sup>344</sup> 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.

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

<sup>346</sup> DAZA, J. *Op. Cit.* 1988, págs. 1226-1231.

<sup>347</sup> PEREZ VIVO, A. *Op. Cit.* 1983, pág. 331.

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





















idea de honestidad, nos presenta una visión de aquella claramente proyectada hacia la sociedad<sup>387</sup>, 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 uniforme<sup>388</sup>, 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*

---

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

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



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”<sup>393</sup>, 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*)<sup>394</sup>, 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 romanos<sup>395</sup> 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

---

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

<sup>394</sup> DE CHURRUCA, J.; MENTXAKA, R. *Op. Cit.* 2015, pág. 106.

<sup>395</sup> SCHULZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 152, 153.





Sí pues, la conexión entre *aequitas* y *iustitia* se impregnará del pensamiento cristiano de algunos juristas y filósofos, como sucede en el caso de Lactancio<sup>402</sup>, cuyo ideario influirá sobre el punto aquí tratado en la mayor parte de los textos legislativos del emperador Constantino<sup>403</sup>, 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 romano<sup>404</sup> 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

---

<sup>402</sup> PEREZ VIVO, A. *Op. Cit.* 1983, pág. 332.

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

<sup>404</sup> 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 tradicionales<sup>405</sup> 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 limitados<sup>406</sup> frente el reto de satisfacer

---

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

<sup>406</sup> 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<sup>a</sup> 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.esade.edu.ar/files/Libertas/13\\_6\\_Krause.pdf](http://www.esade.edu.ar/files/Libertas/13_6_Krause.pdf) (consultado con fecha 29/10/2017).





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 primera<sup>414</sup>: 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 óptima<sup>415</sup>.

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.

<sup>414</sup> 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.

<sup>415</sup> 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 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*<sup>428</sup>, 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*<sup>429</sup>, hasta llegar a desaparecer el *dominium ex iure quiritium* en la época de Justiniano<sup>430</sup>.

Otro testimonio del juego de la *utilitas* y la *aequitas* lo detectamos en la figura de la expropiación por causa de utilidad pública en Roma<sup>431</sup>, aun cuando su protagonismo fuera muy limitado y parsimonioso<sup>432</sup>; o, incluso, en la existencia de

---

<sup>428</sup> 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.

<sup>429</sup> 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.

<sup>430</sup> *Codex* 7, 25, 1.

<sup>431</sup> 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.

<sup>432</sup> SCHULTZ, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 183, 271.



limitaciones legales impuestas al derecho de propiedad<sup>433</sup>, ya de interés público<sup>434</sup> o privado<sup>435</sup>.

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*)<sup>436</sup>, 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

---

<sup>433</sup> 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.

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

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

<sup>436</sup> 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.

fuerza<sup>437</sup>, 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 usufructo<sup>438</sup>; 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 familiares<sup>439</sup>; o la misma prohibición que pesaba sobre el habitacionista de ceder gratuitamente la casa sobre la que se había constituido el derecho de habitación<sup>440</sup>, en contraposición al régimen jurídico del usufructo y del uso, que sí lo permitían.

---

<sup>437</sup> 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.

<sup>438</sup> 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.

<sup>439</sup> 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.

<sup>440</sup> *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.





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 Roma<sup>447</sup>, 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*)<sup>448</sup>.

Lo mismo sería predicable de la institución jurídica de la dote<sup>449</sup>, que surge como compensación ofrecida a la hija que contrae un matrimonio *cum manu*<sup>450</sup>, 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

---

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

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

<sup>449</sup> D. 23, 3, 56, 1.

<sup>450</sup> 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 años<sup>451</sup>, 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 jurídica<sup>452</sup> 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*<sup>453</sup>, 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*<sup>454</sup>, se presumía que el ciudadano

---

<sup>451</sup> *Codex* 2, 52, 7.

<sup>452</sup> CERVENCA, G. "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.

<sup>453</sup> D. 28, 1, 12.

<sup>454</sup> FUENTESECA DIAZ, P. *Orígenes y perfiles clásicos del "postliminium"*. AHDE n° 21-22. 1951-1952, págs. 300 y ss.; GARCIA GARRIDO, M.J. *Sobre los verdaderos límites de la ficción en el derecho romano*. AHDE n° 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*<sup>455</sup>, 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 fe<sup>456</sup>, 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 vacantes<sup>457</sup> *-bona caduca*<sup>458-</sup>, a

---

<sup>455</sup> *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.

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

<sup>457</sup> 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.















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<sup>a</sup> 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 clasique 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<sup>a</sup> 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](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<sup>a</sup> 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](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](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1985-10021900228) ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho (consultado con fecha 22/02/2018).

CALCATERRA, A. *L'analisi del "ius" e della "lex" in elementi primi*. SDHI nº 46. 1980, págs. 258 y ss.

CALSAMIGLIA, S. *Eficiencia y Derecho*. Doxa. 1987 nº 4, págs. 267 y ss.

*Justicia, eficiencia y Derecho*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. 1988 nº 1, págs. 305 y ss.

*Justicia, eficiencia y optimización de la legislación*. Documentación Administrativa nº 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 nº 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 nº 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 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.

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](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](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





¿Es la riqueza un valor? Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 1, nº 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](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 nº 13. 1967, págs. 200 y ss.

FALCON Y TELLA, M<sup>a</sup>.J. *Equidad, Derecho y Justicia*, Ed. Ramón Areces. Madrid, 2005.

FALCONE, G. *Iuris precepta, vera philosophia, iuris prudentia*. SDHI nº 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<sup>a</sup> ed. Marcial Pons. Madrid, 2016.

FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Derecho Privado Romano*. 7<sup>a</sup> ed. Iustel Portal Derecho S.A. Madrid, 2014.

*Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*. 10<sup>a</sup> ed. Thomson. Civitas. Pamplona, 2007.

FERRINI, C. *Sulla perpetua causa nelle servitù prediali romane*. AG nº 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 nº 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 nº 21-22. 1951-1952, págs. 300 y ss.

FUENTESECA DEGENEFFE, M. *El dualismo IUS CIVILE-IUS HONORARIUM*. Revista General de Derecho Romano. Iustel, nº 7. Diciembre, 2006.



- 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 Backwell. Oxford. 1989, págs. 327









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](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](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.





- 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. Rémarque 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 nº 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 nº 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) nº 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 nº 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 Schlegewege des Lebens.* Labeo nº 29. 1983, págs. 140 y ss.

VISMARA, G. *Ancora sulla "episcopalis audientia" (Ambroggio arbitro o giudice?).* SDHI nº 53. 1987, págs. 53 y ss.

VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano.* Civitas. Madrid, 1986.

