

Buscador de artículos de las Revistas de Derecho

Autor: molla nebot [Listado de autores ?](#)
Título: ?
Revista:
Revista General de Derecho Romano
? N.º: ?
Mes y año: / Hasta: / ?
Resumen: ?
Palabra clave: ?
Texto: ?
Ref. Iustel: § ?

[Buscar](#) [Borrar](#) [Volver a RGDR](#)Se han encontrado 11 referencias **Revista General de Derecho Romano - N.º37 DICIEMBRE 2021** **Varios: 1. Notas, 2. Recensiones****Recensiones**

1. Ana María Llacer Bosbach, *El Depósito como cauce negocial de la Mujer romana*. (RI §424495)
Sonia Mollá Nebot -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º36 JUNIO 2021 **Varios: 1. Notas, 2. Recensiones****Recensiones**

2. Alfonso Agudo Ruíz, *La apelación civil en la legislación de Justiniano* (Madrid 2020). (RI §423911)
Sonia Mollá Nebot -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º30 JUNIO 2018 **ESTUDIOS**

3. Responsabilidad por incumplimiento del plazo en la *locatio conductio operis faciendi*
The responsibility of the failure. *Locatio conductio operis faciendi*. (RI §420428)
Sonia Mollá Nebot - Ver resumen - Show abstract - Ver sumario -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º29 DICIEMBRE 2017 **ESTUDIOS**

4. Actos administrativos de la mujer en la época tardorrepublicana
Administrative acts of women in the tardorrepublican time. (RI §419564)
M. A. Sonia Mollá Nebot - Ver resumen - Show abstract - Ver sumario - Show summary -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º26 JULIO 2016 **Varios: 1. Notas, 2. Recensiones****Recensiones**

5. Recensión a Alfonso Agudo, *Estudios de derecho Fiscal Romano*, (Madrid 2016). (RI §417667)
M. A. Sonia Mollá Nebot -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º23 DICIEMBRE 2014 **ESTUDIOS**

6. La *aequitas* y el caso
The *aequitas* and the case. (RI §415521)
M. A. Sonia Mollá Nebot - Ver resumen - Show abstract - Ver sumario -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º22 JUNIO 2014 **ESTUDIOS**

7. Significado de "naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit" y usufructo de dinero. (RI §414894)

M. Asunción Sonia Mollá Nebot - Ver resumen - Show abstract - Ver sumario -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º21 DICIEMBRE 2013

Varios: 1. Notas, 2. Recensiones

Recensiones

8. Alfonso Agudo Ruiz. Las costas en el proceso civil romano, Dykinson, Madrid, 2013, 243 pp.. (RI §414030)

M. A. Sonia Mollá Nebot -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º13 DICIEMBRE 2009

ESTUDIOS

9. Presupuestos para el estudio de la responsabilidad del "iudex unus". (RI §408477)

M. A. Sonia Mollá Nebot -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º9 DICIEMBRE 2007

ESTUDIOS

10. Responsabilidad judicial e inamovilidad de la sentencia. (RI §401194)

Sonia Mollá Nebot -  Descargar en formato PDF

Revista General de Derecho Romano - N.º2 JUNIO 2004

ESTUDIOS

11. Usufructo de bienes consumibles. Observaciones sobre la pretendida propiedad del usufructuario. (RI §402842)

M. A. Sonia Mollá Nebot -  Descargar en formato PDF

© PORTALDERECHO 2001-2022



LA AEQUITAS Y EL CASO

Por

M. A. SONIA MOLLÁ NEBOT
Profesora Titular de Universidad
Universidad de Valencia

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Romano 23 (2014)

RESUMEN: La *aequitas* romana no puede entenderse sino en relación con el *ius*, sin perder de vista que guarda una relación sustancial en la trilogía *fides, bonum et aequum*, que constituye fundamento y sustancia de todo el derecho romano. El estudio de lo anterior es de una magnitud importante, sin embargo lo que aquí se pretende es descartar aquello que no es la *aequitas*. Por ello, el propósito de este trabajo es el análisis de la imposibilidad de que podamos identificar *ius civile* y *stricto iure*, precisamente desde la recta comprensión de la *aequitas*; así como tampoco puede identificarse la *epiqueia* griega (extraprocesal) con la *aequitas* (procesal).

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. "AEQUITAS" y "IUS": a) Inadmisibilidad del *ius strictum* como opuesto a la *aequitas*; b) *Aequitas* y *epiqueia*; 2. LA AEQUITAS COMO ADECUACIÓN JUDICIAL: a) *Aequitas* y solemnidad procesal; b) *Aequitas* como "lo que es más equitativo en cada caso"; c) como "justicia del árbitro".

THE AEQUITAS AND THE CASE

ABSTRACT: The Roman *aequitas* can't be understood except in relation to the *ius*, taking into account that there is a substantial connection to the trilogy *fides, bonum et aequum*, which constitutes the basis of all Roman law. The study of all the above mentioned is of the utmost importance, however what is intended here is to discard what is not *aequitas*. Therefore, the purpose of this research is to analyze the impossibility of identifying *ius civile* y *stricto iure*, accurately from the correct understanding of *aequitas*; nor can identify the Greek *epiqueia* (extraprocedural) with the *aequitas* (procedural).

INTRODUCCIÓN

Como decía el prof. Dr. D. Antonio Fernández de Buján, recordando a Wieacker, "si se suprimiese la tensión entre el *ius strictum* y el judicial *ius aequum* existente en todas las grandes culturas jurídicas (*ius civile* y derecho pretorio, *Common Law* y *Equity*), se llegaría a una terrible simplificación de la equidad, tan débil como totalitaria, que caracterizó al Derecho bizantino y también a un pasado no muy lejano"¹. Estas son,

¹ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La deuda histórica del arbitraje moderno*, discurso leído el día 20 de enero de 2014, en el acto de su recepción como Académico de número de la Real Academia

precisamente, las cuestiones que ahora se acometen, no en su totalidad, pero sí como panorama de referencia en el estudio particular de la *aequitas*; ello nos permite entrar en los significados no siempre claros a los que se ha referido la doctrina al tratar el *ius strictum*, como sinónimo de *ius civile*, y la *epiqueia*, como adecuación al caso.

Desde el punto de vista etimológico *aequum* quiere decir, plano, sin desigualdad, armónico². Sin embargo, no es fácil determinar a través de las fuentes un concepto unívoco de *aequitas*; por el contrario, a su importancia se une el ser un término con un significado evanescente³, y aunque es constatable la invocación del término por la jurisprudencia romana en todos los períodos de su historia, precisamente por ello, el análisis de la *aequitas* tropieza con la variación que a través del tiempo ha experimentado su contenido; su perdurabilidad la ha hecho susceptible de los influjos más variados. Así como tampoco favorecen el esclarecimiento de su genuinidad romana las alteraciones en los textos jurídicos que contienen esta expresión, hechas por los posclásicos y justinianos⁴.

Resulta evidente que acometer un estudio de la complicitad que presenta la *aequitas* por las distintas facetas que contiene, rebasa el propósito de un trabajo de las actuales características, circunscritas a las dimensiones de un artículo, así pues, nuestro actual objetivo se limita a algunas consideraciones en torno a la *aequitas*, concretamente, como "operación judicial ... consistente en la aplicación conveniente del derecho"⁵ -centrada en tres textos: D. 4,1,7 *pr.* (= D. 50,17,183); D. 44,3,14; D. 46,6,12-, donde se constata que en la *aequitas* se apoya la administración de justicia entendida desde el caso particular. Este grupo de textos, a excepción de D. 4,1,7 *pr.*, vienen a coincidir con el elenco que Heumann-Seckel recoge en el *Handlexicon* bajo la voz *aequitas* (apartado d.), donde la *aequitas* tiene sentido de permitir la "consideración racional de la individualidad de una relación jurídica al aplicar normas jurídicas positivas a la misma"; es pues, el instrumento

de Jurisprudencia y Legislación de España (Madrid 2014) p. 93 s. Sobre esta cuestión, vid. la bibliografía allí citada, y principalmente, WIEACKER, *El principio general de la buena fe* (Madrid 1982) p. 96; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Principi generali del Diritto e regole FIS*, en RGDR. 19 (2012).

² Vid. ERNOUT y MEILLET, *Dictionnaire étymologique de langue latine* (Paris 1939) s.v. *aequum*.

³ Vid. HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon*¹¹ (Graz 1971) s.v. *aequitas*, donde distribuye los textos en cinco grupos referidos a conceptos distintos, que son atribuibles a este término: a) la proporcionalidad, en relación con la solución de equidad entre las más correctas soluciones; b) relación de derecho y medio judicial, en concordancia con el espíritu natural o derecho medio; c) derecho reglamentario positivo, en relación con la recta conciencia natural: *ius naturales-ius Gentium*; d) consideración racional de la individualidad de una relación jurídica, al aplicar normas jurídicas positivas a la misma, apreciación libre de una relación jurídica según las especiales circunstancias que en ella concurren; e) atenuación del derecho estricto, de conformidad con el sentido natural de la justicia, rectitud en sentido propio.

⁴ En general, vid. RICCOBONO, *La definizione del "ius" al tempo di Adriano*, en BIDR. 53-54 (1948) 33 ss.

⁵ A. D'ORS, *Una introducción al estudio del Derecho*⁸ (Madrid 1989) p. 27.

por el que puede hacerse "una apreciación libre de una relación jurídica según las especiales circunstancias que en ella concurren"⁶.

1. "AEQUITAS" y "IUS"

La aproximación al estudio de la *aequitas* romana requiere de entrada establecer la relación de ésta con el *ius* -en su doble vertiente: como ciencia jurídica, y como derecho-; a la vez que un examen jurídico del término *aequitas* ha de tener presente la incardinación del mismo en la trilogía: *fides*, *bonum et aequum*⁷, que constituyen el fundamento y la sustancia de todo el derecho romano⁸. No es ahora el momento de acometer un análisis profundo de todas estas relaciones en las que entra la *aequitas* como elemento básico, pero sí puede tener interés para nuestro propósito tratar la relación *ius-aequitas* a través de dos puntos de vista desarrollados por la doctrina, justamente en una interpretación equivocada de esta relación entre *ius* y *aequitas* (lo que trataremos en este epígrafe bajo los apartados a. y b.).

La razón de por qué la *aequitas* se estudia en relación con el *ius* es que en las fuentes no aparece claramente delimitada la diferencia entre una y otro, pues lo mismo se dan en un plano de igualdad -en la medida en que la *aequitas* participa de la misma sustancia del derecho; sobre esto resulta ya paradigmática la célebre opinión de Celso que reproduce Ulpiano (1 *inst.*), en D. 1,1,1 *pr.*, donde dice del *ius* que "es la técnica de lo bueno y lo justo" (*ius est ars boni et aequi*)⁹-, como en una relación de contraste en cuanto que la *aequitas* integra el *ius* y llega donde éste no alcanza -esto es lo que un sector doctrinal denomina "la determinación positiva de la *aequitas*"¹⁰- o lo corrige.

⁶ Vid. supra, apartado d) "consideración racional de la individualidad de una relación jurídica al aplicar normas jurídicas positivas a la misma, apreciación libre de una relación jurídica, según las especiales circunstancias que en ella concurren".

⁷ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La Deuda histórica del arbitraje moderno* (Madrid 2014) p. 88. Efectivamente, la progresiva incorporación al ordenamiento de conceptos como *bona fides*, *boni mores*, *aequitas*, etc., supone una ampliación de la discrecionalidad judicial y jurisprudencial, tal que la creación jurídica se produce por interpretación frente al legalismo formalista "y su vertiente empobrecedora y asfixiante"; vid. GALLO, "*Ius boni et aequi*" e "*ius naturale*", en *SDHI*. 75 (2009) 15 ss.

⁸ RICCOBONO, *La definizione del "ius" al tempo di Adriano*, en *BIDR*. 53-54 (1948) 31.

⁹ La cuestión acerca de si podemos hablar o no de definiciones en derecho romano, desborda el objetivo de este trabajo; sí ha sido objeto de especial preocupación para la doctrina el significado de la definición de Celso en D. 1,1,1 *pr.*, recientemente vid. CERAMI, *La concezione celsina del "ius". Presupposti culturali e implicazioni metodologiche. I. L'interpretazione degli atti autoritativi*, en *Annali Palermo* 38 (1985); GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, en *SDHI*. 53 (1987) 7 ss.

¹⁰ Vid. Letizia VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del Diritto Romano* (Torino 1989) p. 48 ss.; por otra parte, RICCOBONO, *La definizione del "ius" al tempo di Adriano*, en *BIDR*. 53-54 (1948) 31, encuentra en la *aequitas* (o mejor en el *bonum et aequum*) y la *fides*, el fundamento del derecho, formándose en la jurisdicción de los dos pretores, peregrino y urbano, en abierta contraposición con el *ius civile* de tradición quiritaria.

No obstante, el enfoque de la *aequitas* sólo en su relación con el *ius* es sectario, pues como ya hemos dicho, la *aequitas* no sólo es un adjetivo del *ius* en términos de igualdad o de contraposición, sino que también es fundamento natural del que surge el derecho constituido (*aequitas constituta*)¹¹: "... cum id quod semper aequum et bonum est ius dicitur, ut est ius naturale" (Paul. en D. 1,1,11)¹². Por lo que puede considerarse que la *aequitas* es la misma sustancia del derecho, de donde *ius* sería igual a *aequitas* (*aequitas iuris*)¹³; pero esta igualdad llevada al extremo priva a la *aequitas* de su significado más genuino, en donde se observa que la *aequitas* tiene un fundamento natural; así pues, siendo el *ius* y la *aequitas* sustancia del derecho, no tienen la misma entidad, entre otras cosas porque el *ius*, a diferencia de la *aequitas*, es temporal¹⁴. Muy distinto es plantear la *aequitas* como ajena al *ius*, pues en este caso se da el contrasentido de un *ius iniquum*.

El planteamiento de casos va unido al de las respectivas soluciones; es por tanto un método no exactamente encaminado al problema, sino a su solución, y de ahí que sea también definitorio del propio método romano el tratarse de un "sistema de acciones"; aun cuando existan partes del ordenamiento jurídico que la jurisprudencia no expone desde el punto de vista de las acciones¹⁵. La cuestión está en que la mayor parte de las opiniones jurisprudenciales se refieren a los medios procesales para hacer posible la reclamación; es por tanto, en estos casos, en los que la jurisprudencia actúa como inspiradora del propio Edicto. A su vez, el magistrado introduce en el caso particular las variaciones necesarias según los criterios de "utilidad". Quizá por ello, supone ofrecer una visión parcial, sectaria, y de alguna forma contraria a la finalidad práctica que inspira el Derecho Romano, reducir la cuestión del estudio del método al de la formación del derecho -aun cuando ésta trate de los medios judiciales para hacerlo valer-, y descuidar precisamente la sustanciación del mismo, olvidando la importancia de la *utilitas* magistradual y la *aequitas* judicial, precisamente en la búsqueda de la justicia del caso particular.

La *aequitas* romana cumple un papel insustituible a la hora de acortar distancias en la aplicación del derecho "como norma abstracta"¹⁶. Este planteamiento no deja de ser

¹¹ RICCOBONO, *La definizione del "ius" al tempo di Adriano*, en *BIDR.* 53-54 (1948) 33: "Il diritto costituito si forma già da quell'ordine ético sociale più largo (*aequitas constituta*)".

¹² RICCOBONO, *NDI.* vol 1, s.v. *aequitas*.

¹³ Cicerón, *Pro Plautio*, 13,33: "...Ubinam ille mos, ubi illa *aequitas iuris*, ubi illa antiqua libertas...?".

¹⁴ Vid. RICCOBONO, *La definizione del "ius" al tempo di Adriano*, en *BIDR.* 53-54 (1948) 33.

¹⁵ SCHULZ, *Principles of Roman Law* (Oxford 1936) p. 41 ss.

¹⁶ ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano* (Palermo 1978) p. 176.

curioso si tenemos en cuenta que el derecho romano es un derecho casuístico, en el que se toma el caso como supuesto individual que hay que resolver, y no como precedente. De ahí que la opinión judicial se acople a las particularidades que configuran la fórmula de la acción en cada supuesto concreto. Es pues, una "orientación al problema", en la que el papel que desarrolla la *aequitas* no es el de ser una idea alusiva al comportamiento que deba observarse, un criterio que opere como tendencia de la administración de justicia, sino que la *aequitas* consiste en una operación eminentemente judicial. La *aequitas* contribuye a considerar cada caso como un supuesto individual, en el que se observa que no hay que buscar una solución para el caso desde el derecho establecido, sino que el derecho se crea (si es preciso) para cada caso.

Esta reducción a lo individual no merma sin embargo "el bien común", pues junto a la *aequitas* se encuentra la *utilitas*, como árbitro de la adecuación individualizadora de la *aequitas*. La *aequitas*, que busca la justicia del caso, no puede hacerlo contra el interés general.

Será, pues, elemento básico en la aplicación de justicia, junto a la *aequitas* -que "consiste en la aplicación conveniente del derecho", y es eminentemente procesal¹⁷-, la *utilitas*, que es precisamente a la que atiende con palabras de Vico el *ius*: "*Quid ius?: ars tuendi publica utilitas*"¹⁸, pero que es de atención jurisprudencial.

La fructífera interpretación de Vico sobre qué es la *utilitas*, gira alrededor de la "justa razón de Estado"¹⁹, por lo que imprime a su enfoque una clara perspectiva política; de este modo, resulta que tanto la interpretación de la Ley, como la de las relaciones privadas, adquieren sentido desde la *utilitas*. El interés que para nosotros tiene el peculiar traslado que Vico hace de la *utilitas* romana, es que este maestro de Derecho Romano, que ocupó una cátedra de Pandectas en Nápoles, no imprimió sólo una visión política en la adecuación de la *utilitas*, sino que, conocedor de su contenido en Derecho Romano, la pone en relación con la *aequitas* (añadiendo el bien común), como catalizadores de los actos e intereses de los particulares para que no se encuentren en contraposición con los intereses de la *res publica*. Esto, según Orestano, da lugar a que todas las respuestas giren alrededor de la *utilitas*²⁰. Sin embargo, la *utilitas* no es el único controlador de cualquier actuación pública o privada; Vico la sitúa al lado de la *aequitas*

¹⁷ A. D'ORS, *Una introducción al estudio del Derecho*⁸ (Madrid 1989) p. 27.

¹⁸ ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano* (Bologna 1987) p. 104.

¹⁹ Sobre la cuestión, vid. CRIFÒ, "Ulpiano e Vico. Diritto romano e Ragion di stato, en *Sodalitas* (Napoli 1984).

²⁰ ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano* (Bologna 1987) p. 104.

conservando ambas, como manifestación de lo público y de lo privado, un papel de controladores.

Este criterio de la *utilitas* es lo que hace desechar cualquier innovación que no estuviese ya confirmada por los predecesores -"*Multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest*" (D. 9,2,51,2)-²¹.

En este análisis de la relación *ius-aequitas*, nos interesa destacar dos opiniones doctrinales, a las que hemos aludido, que han alcanzado cierta difusión y que perturban el recto sentido de la *aequitas*:

a) Inadmisibilidad del *ius strictum* como opuesto a la *aequitas*

La generalización de la expresión *ius strictum* para referirse al *ius civile* en contraposición al *ius honorarium* -éste último como determinación positiva de la *aequitas*²²-, es desorientadora. La expresión *stricto iuris* aparece en las fuentes en pocos textos -D. 40,7,28 *pr.* (Jav. 6 *ex Cassio*)²³; D. 23,2,67,1 (Tryph. 9 *disp.*)²⁴; D. 13,5,30 (Paul. 24 *ad edict.*)²⁵; D. 13,6,3,2 (Ulp. 28 *ad edict.*)²⁶; D. 5,3,50,1 (3 *quaest.*)²⁷ y D.

²¹ GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano*⁵ (Madrid 1991) p. 50.

²² Vid. Letizia VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del Diritto Romano* (Torino 1989) p. 48 ss. Sin embargo, los textos en los que Vacca apoya la contraposición *ius strictum* (*ius civile*)-*ius honorarium*, no recogen la expresión *ius strictum*. Así, D. 44,4,1,1, en donde se da la *exceptio doli* para que a nadie valga su propio dolo, por valerse de la justicia civil contra la justicia natural: "*Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, nec qui dolus sus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit*" (Paul. 71 *ad edict.*). En este texto, *ius civile* no tiene sentido de *iniquum*, sino que la *aequitas* (justicia natural) inspira la creación de un medio para reprimir el abuso del derecho (*exceptio doli*).

²³ D. 40,7,28 *pr.* (Jav. 6 *ex Cassio*): Si hereditas eius, qui servum, intra dies triginta mortis suae si rationes reddidisset, liberum esse iusserat, post dies triginta adita est, iure quidem stricto ita manumissus liber esse non potest, quoniam condicione deficitur: sed favor libertatis eo rem perduxit, ut respondeatur expletam condicionem, si per eum, cui data esset, non staret quo minus expleretur (Si la herencia del testador que dio la libertad a un esclavo con la condición de que rindiera cuentas dentro de los treinta días de su muerte es adida después de esos treinta días, el así manumitido, en rigor de derecho, no puede ser libre porque se ha frustrado la condición, pero el favor a la libertad ha hecho que se responda en el sentido de que se tenga por cumplida la condición, si no fue por el esclavo que dejó de cumplirse).

²⁴ D. 23,2,67,1 (Tryph. 9 *disp.*): De uno dubitari potest, si avus tutelam gessit neptis ex filio emancipato natae, an nepotj ex altero filio eam collocare possit sive emancipato sive manenti in potestate, quia par affectionis causa suspicionem fraudis amovet. Sed etsi senatus consultum stricto iure contra omnes tutores nititur, attamen summae affectionis avitae intuitu huiusmodi nuptiae concedendae sunt (Tan sólo cabe dudar, en el caso de que el abuelo haya administrado la tutela de una nieta habida de un hijo emancipado, si podría casarla con un nieto habido de otro hijo, ya fuese emancipado, ya permaneciera bajo su potestad, pues el igual afecto que por ambos quita toda sospecha de fraude. Aunque el Senadoconsulto se refiere en estricto derecho a todos los tutores, sin embargo, teniendo en cuenta el gran afecto del abuelo se debe permitir tal matrimonio).

²⁵ D. 13,5,30 (Paul. 24 *ad edict.*): Si quis duobus pecuniam constituerit tibi aut Titio, etsi stricto iure propria actione pecuniae constitutae manet obligatus, etiamsi Titio solverit, tamen per

29,2,86 *pr.* (16 *quaest.*)²⁸, ambos de Papiniano; D. 12,3,5,4 (Marc. 4 *reg.*)²⁹; *Gai.* 3,18-, y es opinión generalizada que estos textos se encuentran muy alterados, bien porque la interpolación sea de la expresión *stricto iuris* en concreto (D. 40,7,28 *pr.*; D. 13,5,30; D. 23,2,67,1; y quizá *Gai.* 3,18), o por estarlo la secuencia del texto donde se encuentra la expresión (D. 29,2,86 *pr.*; D. 12,3,5,4; D. 13,6,3,2; D. 5,3,50,1). Todo ello indica el poco fundamento clásico que la expresión *stricto iuris* tiene, y además, en general no cabe deducir de los textos mencionados que *stricto iuris* sea un calificativo o un sinónimo de *ius civile*, al que se oponga la *aequitas* como *ius honorarium*. Quizá la expresión *stricto*

exceptionem adiuuatur (Si alguno hubiera constituido plazo para el pago a favor de dos, tú y Ticio, aunque, por derecho estricto, sigue obligado por la propia acción de cantidad constituida a plazo, sin embargo viene defendido por medio de una excepción, si hubiese pagado a Ticio).

²⁶ D. 13,6,3,2 (Ulp. 28 *ad edict.*): In hac actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur: et rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti litis contestatae tempus spectetur (En esta acción, a semejanza de las otras acciones de buena fe, se admite el juramento de litigio estimado, y se atiende al valor de la cosa en el momento del juicio, aunque las acciones de <derecho> estricto se atiende al momento de la litiscontestación).

²⁷ D. 5,3,50,1 (Pap. 3 *quaest.*): Si defuncto monumentum condicionis implendae gratia bonae fidei possessor fecerit, potest dici, quia voluntas defuncti vel in hoc servanda est, utique si probabilem modum faciendi monumenti sumptus, vel quantum testator iusserit, non excedat, eum, cui aufertur hereditas, impensas ratione doli exceptione aut retenturum aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditario negotio gesto: quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis (Si el poseedor de Buena fe hubiera hecho una sepultura al difunto a fin de cumplir una condición, puede decirse que, como también en esto se ha de cumplir la voluntad del difunto, si el gasto de hacer el monumento no excede de un límite aceptable o de lo que el testador hubiese autorizado, aquel que pierde la herencia podrá, mediante la excepción de dolo, retener las impensas hechas o reclamarlas con la acción de gestión de negocios, como si hubiese una gestión hereditaria. Porque aunque en estricto derecho los herederos no quedan obligados por acción alguna a realizar el monumento, se les compele, sin embargo, por la intervención del príncipe o del pontífice al respeto de la voluntad del difunto).

²⁸ D. 29,2,86 *pr.* (Pap. 16 *quaest.*): Pannonius avitus cum in Cilicia procuraret heres institutus ante vita decesserat, quam heredem se institutum cognosceret. Quia bonorum possessionem, quam procurator eius petierat, heredes aviti ratam habere non potuerant, ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant, quae stricto iure non competit, quia intra diem aditionis avitus obisset. Divum tamen Pium contra constituisse Maecianus libro quaestionum refert in eo, qui legationis causa Romae erat et filium, qui matris delatam possessionem absens amiserat, sine respectu eius distinctionis restitutionem locum habere. Quod et hic humanitatis gratia optinendum est (Panonio Abito, siendo procurador en Cilicia, fue instituido heredero, pero murió antes de saberlo. Los herederos de Abito, como no habían podido ratificar la petición de la posesión de los bienes hereditarios que había hecho su procurador, solicitaron una restitución por entero a nombre del difunto <gobernador>, lo que en derecho estricto no les correspondía, porque Abito había muerto antes de cumplirse el plazo para la adición. No obstante, el emperador <Antonino> Pío, de consagrada memoria, según refiere Meciano, *quaest.*, a propósito de uno que estaba en Roma como legado y al que, en su ausencia, se le murió un hijo <que no había podido adir, por estar ausente su padre>, la herencia materna que le correspondía, dispuso en contra de lo dicho que se aplicara la restitución por entero sin tener en cuenta la distinción del fallecimiento dentro y después del plazo de la adición. Lo que también en este caso debe concederse por razones de humanidad).

²⁹ D. 12,3,5,4 (Marc. 4 *reg.*): Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est, veluti si promissor Stichus moram fecerit et Stichus decesserit, quia iudex aestimare sine relatione iurisiurandi non potest rem quae non extat (Ciertamente que a veces hay que jurar en los juicios de <derecho> estricto; por ejemplo si el que prometió por estipulación dar al esclavo Estico hubiera incurrido en mora y Estico hubiera muerto, porque el juez no puede estimar una cosa que no existe más que ofreciendo el juramento).

iuris tenga cabida en derecho posclásico, pero aún en este caso, en los textos donde la expresión aparece, no puede sostenerse la contraposición entre *stricto iuris* y *aequitas* (C. 3,1,8: *Impp. Constantinus et Licinius AA.ad Dionysium. "Placuit, in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque, quam stricti iuris rationem". Dat. Id Maii Volusiano et Anniano Conss. [314]*); pues aquí el *stricto iuris* no es sólo el derecho civil, sino que se refiere a todo el ordenamiento jurídico, y tampoco se plantea que la *aequitas* sea la materialización del *ius honorarium* contra el *ius strictum*. Sin entrar a desarrollar completamente el estudio de los 9 textos aducidos, que contienen la expresión *stricto iuris*, donde -además de las alteraciones a las que se encuentran sometidos-, tampoco se hace referencia a la contraposición *ius civile-ius honorarium*, y aunque todos ellos son prueba de lo que sostenemos, vamos a fijarnos en los dos a los que se ha recurrido más recientemente para apoyar la contraposición, en concreto, se trata de D. 5,3,50,1 y Gai. 3,18³⁰.

El texto de Papiniano, D. 5,3,50,1 trata, en la parte que nos interesa, de que si "en derecho estricto los herederos no quedan obligados por acción alguna a realizar el monumento del difunto, se les puede compeler a ello por la intervención del príncipe o del pontífice, para que se respete la voluntad del difunto":

"... quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur, ad absequium supremae voluntatis".

Esta intervención del príncipe o del pontífice, como ha destacado Albanese, es una manifestación de "poder" excepcional en la *auctoritas*, un "nuevo modo de producir normas jurídicas más o menos conectadas a la voluntad imperial", lo cual acaece como consecuencia de la alteración introducida por Augusto en la actividad legislativa (*leges rogatae* y *plebiscita*)³¹. Obviamente, tal actividad nada tiene que ver con el *ius honorarium* y tampoco con la contraposición derecho civil-derecho pretorio.

En cuanto al texto de Gayo (Gai. 3,18), no necesita mayor justificación, pues es claro que el sentido que aquí tiene *stricto iuris* no es otro que ser un calificativo utilizado por Gayo hacia el rigor de las XII Tablas -por otra parte, constantemente denunciado por la literatura clásica-, y no a todo el *ius*, pues esta interpretación sería desproporcionada con arreglo al sentido de las palabras de Gayo:

Hactenus lege XII Tabularum finitae sunt intestatorum hereditates. quod ius

³⁰ RICCOBONO, *NDI*. vol. 1, s.v. *aequitas*, p. 211.

³¹ ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano* (Palermo 1978) p. 177 s., especialmente n. 258.

quemadmodum strictum fuerit, palam est intellegere.

Además, que la *aequitas* sea ajena al *ius civile*, como de la contraposición se deduce, contradice el tenor de otras fuentes más solventes, como es el caso ya citado de Celso (D. 1,1,1 *pr.*), en donde el *ius*, sin más adjetivos, se describe como el arte de lo bueno y lo justo. Esta definición celsina viene también de alguna manera reproducida por Cicerón (Top. 9): "*ius civile est aequitas constituta*", corroborando este significado, y en ambas se observa que el *ius* y la *aequitas* participan de la misma sustancia.

b) *Aequitas* y *epiqueia*

Por otro lado, el término *aequitas* está de alguna manera relación con el griego ἐπεικεία; sin embargo, esta relación ha sido exagerada por la doctrina, que pretende ver en la misma una influencia desmedida del concepto aristotélico sobre el significado de *aequitas* en derecho romano. Esto enlaza de lleno con la controversia que mantiene abierta un sector doctrinal, sobre todo a partir de Stroux³², que atribuye -a través de los tópicos de la retórica-, un ascendente excesivo de la filosofía griega aristotélica sobre la metodología de la jurisprudencia romana. Es por ello por lo que desde el punto de vista doctrinal, hoy la diferencia entre *aequitas* y *epiqueia* se presenta como un tema no pacífico.

La *epiqueia*, según Aristóteles, es más bien un criterio rectificador de la inflexibilidad de la ley, tiende a un concepto de "justicia universal", al afirmar que "lo equitativo parece ser justo", pero "lo equitativo es lo justo que está fuera de la ley"³³. Es conocido el concepto de *epiqueia* aristotélico que refiere en Ética a Nicómaco (5,10): ἐστὶν αὕτη ἡ φύσις ἡ τοῦ ἐπεικου ἐπαύρη ὡμα νόμος ἡ ἐλλείπει διὰ τοῦ θόλον. Sin embargo, para Aristóteles la *epiqueia* no sería una "actitud judicial" -como hemos dicho que es la *aequitas* en derecho romano-, sino una "virtud del hombre" equitativo. Por ello,

³² STROUX, "Summum ius summa iniuria". Ein Kapitel aus der Geschichte der "interpretatio iuris", en *Festschrift Paul Speiser. Sarasin* (Teubner, Leipzig 1926) trad. Ital. En *Annali Palermo* 12 (1926). Esta opinión alcanzó gran difusión en la romanística, entre cuyos defensores se encuentra PRINGSHEIM, "Bonum et aequum", en ZSS. 52 (1932); y sin pretender hacer una relación exhaustiva de la bibliografía que mantiene esta opinión, sí es destacable la defensa que de la misma ha hecho VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. Díez Picazo (Madrid reimp. 1986) p. 90. En contra se ha manifestado JÖRS-KUNKEL, *DPR.*, trad. Prieto Castro (Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Río de Janeiro 1937) parág. 14, 3 n. 8; A. D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano* (Salamanca 1943) p. 78 ss.; RICCOBONO, *La definizione del "ius" al tempo di Adriano*, en *BIDR.* 53-54 (1948) 33.

³³ Aristóteles, *Eth. Nic.* 5, 10; *Rhet.* 1, 13. En realidad, como ha sido puesto de manifiesto, la *aequitas* asume este papel rectificador en derecho posclásico, sobre todo favorecido por el cristianismo y el derecho de la Iglesia, vid. FEDELE, "Aequitas canonica", en *Atti del Colloquio romanistico-canonistico (febbraio 1978)* (Roma 1979) p. 73 ss.

entiende Aristóteles que el hombre que busca la equidad, recurre antes al árbitro que al juez "en cuanto que es propio del árbitro guiarse según la equidad natural, y del juez guiarse según la ley escrita", por lo que la figura del árbitro existe para que la equidad prevalezca (*Ret.* 1,13,19). Esto coloca a la *epiqueia* en un plano extraprocesal, frente a la *aequitas* que tiene aplicación precisamente a través de su sustanciación en los oportunos medios procesales.

2. LA AEQUITAS COMO ADECUACIÓN JUDICIAL

Dice Guarino a propósito de la *aequitas*: "La nozione di essa è tra le più essenziali per la comprensione del diritto romano, ma è nel contempo fra la più evanescenti"³⁴. Puede, no obstante, ser de utilidad a la hora de buscar el significado que creemos corresponde al término *aequitas* en derecho clásico, considerar que la *aequitas* romana está revestida por los matices que caracterizan el método de la jurisprudencia romana, esto es, "la perspectiva del caso concreto". Así pues, aunque *aequum* generalmente equivale a "lo justo", por ser la actividad jurisprudencial casuística, los jurisprudentes no hablan de Justicia sino de lo que es *aequum* en cada caso; precisamente por ello *aequitas* en derecho clásico tiene el particular significado de "operación judicial...consistente en la aplicación conveniente del derecho"³⁵. Teniendo en cuenta que la *aequitas* es un principio inspirador del orden jurídico³⁶, y que el orden jurídico se realiza a través de la actividad judicial, en que el pretor tiene amplias facultades para conseguir adecuar la fórmula al supuesto concreto de que se trate, resulta pues, que la *aequitas* inspira toda esta actividad pretoria. Si bien la *aequitas* como operación judicial de adecuación al caso parece patente en tres textos:

a) El primer estudio en relación con la *aequitas* acometemos es el que contiene un texto geminado ubicado en D.4,1,7 pr. = D.50,17,183, en el que se reconoce que "aun cuando las solemnidades judiciales no deben alterarse fácilmente, hay que poner remedio cuando la evidente *aequitas* así lo aconseje":

Etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi *aequitas* evidens poscit, subveniendum est.

³⁴ GUARINO, NNDI. s.v. "Equità".

³⁵ A. D'ORS, *Una introducción al estudio del Derecho*⁸ (Madrid 1989) p. 27.

³⁶ Vid. HORAK, "Rationes Decidendi". *Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen, bis Labeo* (Aalen, Scientia Verlag 1969) p. 236 ss.; GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano*⁵ (Madrid 1991) p. 96.

La parte que reproducimos constituye el texto íntegro que corresponde a D. 50, 17, 183 (Marcelo 3 *dig.*), siendo más largo el que se encuentra en D. 4, 1, 7 *pr.* también de Marcelo y procedente del libro 3 *digestorum*, que aunque puede considerarse en parte geminado del anterior, suministra más información acerca de cuándo se considera que las solemnidades judiciales están sometidas a un criterio de equidad. Este último texto, D. 4,1,7 *pr.*, recoge un rescripto del emperador Antonino Pío, de cuyo consejo sabemos que Marcelo formó parte, cuya opinión fue acortada por los compiladores y la reproducen en D.50,17,183, en el último título del Digesto que corresponde a las reglas de derecho antiguo. El caso en cuestión, se refiere al supuesto concreto de *restitutio in integrum* por ausencia, a consecuencia de la cual el ausente había perdido el litigio. No se especifica que se trate de ausencia oficial pero del tenor del texto se desprende que no se refiere a una ausencia prolongada, sino a un retraso en la comparecencia *apud iudicem*, pues si hubiera sido *in iure* en realidad no habría habido litigio, dada la imposibilidad de iniciarse la tramitación de un litigio en ausencia del demandado³⁷. En el caso que del que tratamos, el perjuicio podría igualmente deducirse contra el demandante ausente, pues tampoco sabemos si quien pide la *restitutio in integrum* es el demandante o el demandado del litigio en cuestión.

Las solemnidades, o quizá más exactamente, los requisitos para la celebración de los juicios se encuentran recogidas en las dos leyes julias de juicios privados³⁸; en realidad no parece que la ausencia esté sancionada con la solución del litigio en contra de los intereses del ausente, pero sí, dado que éste no puede defenderse o demostrar derecho debidamente, queda en inferioridad de condiciones frente a la otra parte, que sí está presente en el litigio³⁹. Por tanto, aquí la equidad, por la que se da una *restitutio in integrum*, no es un criterio rectificador de la ley, ni tampoco del *ius*, pues no puede ser considerado tal la decisión judicial o sentencia adoptada por el juez del caso, sino que es el mismo *ius*, institucionalizado en rescriptos como consecuencia de la reforma adrianea., el que aplica el criterio de equidad al caso concreto propuesto a Antonino Pío por el pretor Marcio Avito. Dadas las condiciones no puede pensarse que

³⁷ Sobre tal imposibilidad y sobre la acción *in factum* que procede contra quien demandara a quien el Edicto prohíbe hacer una *in ius vocatio*, vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Autorización pretoria para la "in ius vocatio"*, en SDHI. 37 (1971) 226 ss.

³⁸ A pesar de que el hallazgo de la Ley Irnitana ha aportado un mejor conocimiento de algunos aspectos procesales, no ha sido resuelto el que se refiere a la ausencia de los litigantes y sus consecuencias en el discurso del proceso.

³⁹ En las XII Tablas se había solucionado de modo positivo la ausencia o el retraso de uno de los litigantes, pues si bien no se sanciona al ausente, se entiende que el juez debe fallar en favor del presente (XX Tab. 1,8: *post meridiem praesenti litem addictio*). Sin embargo, como ha destacado A. D'ORS-X. D'ORS, *DPR.*, parág. 105: el *addicere* se refiere a un magistrado que juzga, y no a un *iudex privatus*; por otra parte, esta regla de las XII Tablas se comprende en el proceso simétrico de las acciones de la ley "pero se ajusta mal al oficio del juez sujeto a averiguar el *ius* y el *factum*".

aquí la *restitutio in integrum* sea una equidad resultado del *ius honorarium* como contrario al *ius civile (strictum)*, pues como se ve la sentencia del juez que ahora se rescinde es una opinión judicial que en ningún caso es sinónimo de *ius civile*.

b) El otro texto objeto de examen, pertenece a Escévola y procede del libro *singulari quaestionum publicae tractarum*, en D. 44,3,14, en el que dice Escévola, al tratar la posesión por accesión, que "no se puede dar una definición fija y general pues depende siempre de lo que es más equitativo en cada caso":

De accessionibus possessionum nihī perpetuum neque generaliter definiré possumus: consistunt enim in sola aequitate

Es evidente que el texto viene a reflejar "de nuevo" la idea de atención al caso particular. La opinión del jurisprudente aquí no rectifica ni la ley, ni el *ius* anterior; tampoco puede considerarse que el comentario se refiera a un supuesto de *aequitas* como *ius honorarium*. Parece pues, que Escévola refleja de modo patente la tendencia metodológica de la jurisprudencia clásica romana que rehúye el planteamiento dogmático de hacer definiciones, y también, al hecho de que la solución depende de cada caso en el que habrá de resolverse si hay, y en qué términos, accesión; como es obvio, a través de la concesión de los medios oportunos que desde el punto de vista procesal resulten necesarios para el reconocimiento de esta posesión por accesión.

c) El último texto pertenece a Papiniano (12 *quaestionum*) y se encuentra ubicado en D.46,6,12. El texto es realmente extenso, y en general trata la cuestión de la no división de la acción cuando la ejerce el pupilo contra los fiadores del tutor en la *cautio rem pupili salvam fore*. Sin entrar en la amplia crítica que este texto ha merecido a la doctrina, pues por lo que parece todo él ha de tomarse con muchas reservas, nos centramos en la concreta referencia a la *aequitas*, a la que invoca como "justicia del árbitro y el deber de un hombre recto (que) parece exigir esta regla de derecho especial":

"...nam aequitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam iuris desiderarasse..."

El texto en cuestión plantea muchas dudas no sólo formales, sino de sentido, pues resulta desconcertante la referencia al *arbiter* en este lugar como ya ha destacado Levy⁴⁰, si bien Solazzi la justifica al entender que la intervención del árbitro se produce

⁴⁰ LEVY, "Sponsio, fidepromissio, fideiussio" (Berlin 1907) p. 80 n. 1; opinión reiterada en ZSS. 36 (1915) 12 n. 4.

porque es un proceso extraordinario⁴¹. La cuestión que a nosotros nos interesa ahora es que se aluda a que esta regla especial de derecho de la no división de la acción sea resultado de la aplicación de la *aequitas*.

En todo caso la alteración del régimen de la *fideiussio* que a partir de Adriano obliga a la división de la deuda entre los fiadores, y aquí excepcionalmente no, puede resultar privilegiada. Sin embargo, en este caso de la tutela se da un derecho privilegiado en muchos otros aspectos distintos de este de la no división de la acción entre los fiadores del tutor: como el privilegio del pupilo en el concurso de acreedores, la hipoteca legal en favor del pupilo sobre las cosas compradas por el tutor con el dinero del pupilo, la hipoteca general, ideada por Constantino, que garantiza la reclamación del pupilo sobre el patrimonio del tutor, etc. Por lo que, en el caso concreto del que tratamos, la referencia a la aplicación general de esta regla especial respecto de la no división de la acción, indica que seguramente el texto original hiciera efectivamente referencia a la *aequitas* en otro sentido, pero en su redacción actual *aequitas* sólo cabe ser interpretada como "justo" o "más justo", pero no que sea una adecuación especial según fuera el supuesto contemplado.

Se ha aducido por ello que el texto fue redactado en un momento de transición del régimen de la *fideiussio* después de la reforma de Adriano en el que se abría camino este privilegio pupilar en la nueva regulación. Sin embargo, las alteraciones a las que está sometido el texto hacen también probable que ese régimen de privilegio pupilar tuviera sentido dentro del beneficio de división de la deuda entre los fiadores, ideado por Justiniano en su regulación de la *fideiussio*. Sin que tal cuestión podamos resolverla, sí en cambio podemos sostener que en este texto la *aequitas* tiene sentido no del caso particular, sino de las particularidades de la situación del pupilo que quizá surgiera como un supuesto de privilegio en un caso concreto luego convertido en norma.

⁴¹ SOLAZZI, *Istituti Tutelari* (Napoli 1929) p. 263 n. 4.