

ALGUNAS NOTAS EN TORNO A LAS NOCIONES DE *IUS* Y *IUSTITIA* EN D.1.-

SOME NOTES ABOUT THE NOTIONS OF *IUS* AND *IUSTITIA* EN D.1.

*Benjamín Musso Arratia**

RESUMEN: Comenzaremos estudiando el concepto celsino de *ius*, luego haremos lo propio con el concepto de *iustitia*, examinando las teorías de la justicia dadas por Aristóteles y cómo ellas se reflejan en los pasajes ulpianos; a continuación, diremos algunas palabras relativas a la labor que le corresponde a la jurisprudencia y al jurista para relacionar ambos conceptos en la filosofía jurídica romana.

PALABRAS CLAVE: *Ius* - *Iustitia* - *Aequitas* - *Iurisprudentia*

ABSTRACT: For our work we will start studying the Celsius' concept of *Ius*, then we will do the same with the concept of *iustitia*, examining the theories of justice given by Aristotle and how they relate in the Ulpian passages, then we will say some words that correspond to the jurisprudence and the jury to relate both concepts in Roman legal philosophy.

KEYWORDS: *Ius* - *Iustitia* - *Aequitas* - *Iurisprudentia*

En el libro primero de *Institutionum* (D.1.1.1.-) el jurista Ulpiano cita a Celso con su famosa definición del derecho como un *ars boni et aequi*. Ahora bien, lo llamativo del pasaje no es únicamente la definición celsina del *ius*, sino la construcción del discurso que hace Ulpiano para llegar a ella.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo; profesor de Derecho Romano, Universidad del Desarrollo; alumno del Programa de Doctorado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becario Conicyt PFCHA/Doctorado Nacional 2018-21181349. Correo electrónico: bmusso@uc.cl. Agradezco los comentarios de mis ayudantes, Abraham Navarro y Cristóbal Labra.

Dice el pasaje:

Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum; nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi ¹ .	Conviene que el que haya de estudiar el derecho, conozca primero de dónde proviene la palabra ius (derecho). Llámase así de iustitia (justicia); porque, según lo define elegantemente Celso, es el arte de lo bueno y lo equitativo.
--	---

Si nos damos cuenta, Ulpiano nos dice que derecho (*ius*) proviene de justicia (*iustitia*) y para dar razón de tal afirmación, recurre al concepto celsino. Por ende, cabe preguntarse qué quiere decir Celso cuando define el derecho como un *ars boni et aequi* y luego, si existe tras el pensamiento romano clásico alguna teoría de la justicia. Finalmente cabe preguntarse qué papel desempeña el jurista romano en la vinculación *ius-iustitia*; creemos que, despejando dichas interrogantes podremos acercarnos al elemento unificador entre tales conceptos que esclarezca en qué sentido el derecho se llama así de la justicia.

1. IUS: ARS BONI ET AEQUI

Ius puede significar muchas cosas, ya que los romanos –a quienes se les reconoce por ser esencialmente prácticos– no eran dados a definir sus instituciones jurídicas². En ese orden de ideas, Javoleno sostenía que *toda definición en el “Derecho civil es peligrosa”*³ justificando ello en que siempre podían ser alteradas. A los romanos no les interesaba mucho lo que las cosas son, sino para qué sirven, ello explica, por ejemplo, que no definan el dominio, sino que lo reconozcan por los poderes que tal derecho otorga a su titular. Recordemos que el derecho romano es un derecho casuístico, que nace de la solución que los juristas dan a situaciones concretas. Así las cosas, lo primero que podemos señalar del *ius* es su indefinición.

En las fuentes romanas el vocablo *ius* aparece referido en reiteradas ocasiones, cambiando su significancia dependiendo del contexto en el que su utilice, así como de la época de la fuente de que se trate. Por tanto, *ius* podría estar confundido con *fas* o con *mos*, o referido a *lex*; podría estar propiamente referido a derecho en alguna de sus múltiples clasificaciones, etcétera. Prueba de ello es un pasaje paulino en el cual el jurista, en su

¹ D. 1, 1, 1.- Ulp. 1 inst.

² AMUNÁTEGUI (2016), p. 19.

³ D. 50, 17, 202, 0 Iav. 11 epist.- *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit.*

comentario *Ad sabinum* comienza diciendo: “Llámesse derecho de varias maneras...”⁴. Pudiendo identificarse así en un sentido objetivo como “ordenamiento jurídico”⁵ (*v.gr. ius civile, ius gentium, ius honorarium, etc.*), como una facultad de obrar reconocida por el derecho, pero no desde un carácter subjetivo, sino siempre desde una posición objetiva (como serían el *ius utendi, ius fruendi, ius abutendi, ius in re aliena, ius possidendi, etc.*), como el lugar donde se administra justicia (de donde vendría la *in ius vocatio*, por ejemplo), entre otras muchas formas de referirnos al *ius*, que no viene al caso ahondar más en ellas.

Como señalamos en un comienzo, Celso, citado por Ulpiano en el *Digesto*, ha definido el derecho como el “arte de lo bueno y equitativo” (*ars boni et aequi*) rompiendo en parte con esta suerte de regla general de indefinición de conceptos en el derecho romano, por un lado, y proveyéndonos de una definición que podría pensarse es más teórica que práctica al vincular las ideas de derecho y justicia, pero que a juicio de Salvatore Riccobono tiene un alto contenido técnico-jurídico⁶, sobre lo que volveremos más adelante.

Un análisis pormenorizado del concepto celsino lo ha hecho Carlos Amunátegui, el que, *grosso modo*, señala que *ars* debe entenderse en el sentido grecolatino de la palabra, donde arte tiene relación con un proceso creativo, guiado por la lógica, capaz de producir una nueva realidad. Así, el

⁴ D. 1, 1, 11, pr, Paul. 14 ad Sab.- “Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur” (“dícese derecho en varias acepciones. En una, cuando se llama derecho lo que es siempre equitativo y bueno, como es el derecho natural; en otra, lo que en cada ciudad es útil para todos o los más, cual es el derecho civil; y no menos rectamente se llama derecho en nuestra ciudad el derecho honorario. Dicese también que el pretor administra derecho, aun cuando decide injustamente, atendiendo, por supuesto, no a lo que de tal manera hizo el pretor, sino a lo que convino que el pretor hiciera. En otra significación llámesse derecho al lugar en que se administra el derecho, aplicando el nombre de lo que se hace al lugar en donde se hace; cuyo lugar podemos determinar de este modo: donde quiera que el pretor, salva la majestad de su jurisdicción y salva la costumbre de los mayores, determina pronunciar derecho, este lugar se llama con razón ius (derecho)”).

⁵ V. Gr, Gai. Inst. 1,2.- “constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium” (“El derecho del pueblo romano se funda en las leyes, en los plebiscitos, en los senadoconsultos, en las constituciones de los príncipes, en los edictos de los que tienen derecho de dar edictos y en la respuesta de los prudentes”).

⁶ Véase RICCOBONO (1948), p. 5 y ss.

derecho cambia el mundo circundante al establecer un sistema de reglas. Lo relevante en el concepto es el proceso creativo lógico, por lo que no es raro que “arte” se traduzca en el mundo romano como una técnica (*techné*), incluso, algunas traducciones de la definición de Celso hablan derechamente de técnica: *derecho es la técnica de lo bueno y equitativo*⁷.

Pietro Cerami, a este respecto hace una distinción referente a dos momentos distintos en la experiencia jurídica romana en cuanto a la forma de entender el *ars*. Señala este autor que durante el primer siglo antes de Cristo, la ciencia se ve influenciada por un clima epistemológico intelectual, designándose en términos griegos como *epistémé* o *téchne* que corresponden a las voces latinas de *scientia* y *ars*. Así, la ciencia se define como un sistema que aglutina en forma orgánica lo múltiple en una correlación dogmática autosuficiente de principios y elementos a través de un procedimiento lógico-dialéctico que permita establecer y definir la división de la unificación. Este sistema dialéctico se ve influenciado por la filosofía platónica-aristotélica. Ello cambia en el siglo II d.C por una suerte de escepticismo metodológico que no ve el método dialéctico como un instrumento exclusivo y universal del conocimiento científico, sumado al desarrollo de la medicina como una ciencia dinámica, que se opone a la ciencia estática del epistemologismo. Reconozcamos que el sentido de arte, técnica, sistema o ciencia del vocablo *ars* es una *eterna polémica*⁸.

Cicerón, en su obra *De oratore* aboga por la reducción del *ius* a un *ars* mediante la creación de un sistema de reglas⁹, por lo que siguiendo a Pietro Cerami, debemos ubicarlo en el primer movimiento que entiende el *ars* como un sistema, de modo tal que es forzoso concluir que el Arpinate se ha visto influenciado por el ideal helenístico de inspiración aristotélica. Dice Cicerón

“si me fuera permitido hacer lo que ya hace tiempo pienso, o si cualquier otro me sustituyera por serme imposible o tras mi muerte consiguiera, en primer lugar, disponer todo el derecho en géneros –que son muy pocos–, a continuación hacer como partes de los miembros de esos géneros, y por fin establecer mediante definición la particular esencia de cada una, tendríais una acabada ciencia del derecho, más imponente y rica en posibilidades que difícil y oscura”¹⁰.

Esta idea ciceroniana de arte como ciencia (sistema) se refleja, además, en su obra *De inventione* donde el jurista afirma:

⁷ DOMINGO (2002), p. 125.

⁸ FERNÁNDEZ (2017), p. 35.

⁹ Véase CERAMI (1985), p. 10; AMUNÁTEGUI (2016), p. 20.

¹⁰ CICERÓN (2002), 1, pp. 185-190.

“por manera de ser entendemos una cualidad moral o física permanente y definitiva en algún aspecto determinado, como, por ejemplo, la posesión de alguna virtud o arte, unos conocimientos especiales, e incluso alguna capacidad física que no sea debida a la propia naturaleza sino que ha sido adquirida mediante el esfuerzo y la práctica”¹¹

en el texto latino “practica” se refiere como *scientiam*.

Tal ciencia en el entendido celsino está dada por sus fines: *Bonum et aequum*¹². Carlos Amunátegui entiende que lo bueno y lo igual hacen referencia a dos tipos de justicia aristotélica: la justicia distributiva en lo bueno y la justicia conmutativa dada por lo equitativo¹³.

Lo bueno (*bonum*) busca unificar concepciones jurídicas y morales, sin embargo, lo jurídico y lo moral no necesariamente serán coincidentes, pues el *ius/lex* se aplica sin atención a las convicciones de los destinatarios de él. Paulo –contemporáneo a Ulpiano– sostenía que “no todo lo lícito es honesto”¹⁴ Ulpiano se refiere a lo honesto dentro de sus *precepta iuris*, que analizaremos más adelante¹⁵. Para Amelia Castresana, además, lo bueno se relaciona con la *fides* que las partes se deben en una relación jurídica, apoyando sus dichos en un pasaje de Cicerón en el cual el jurista funda la justicia en la lealtad¹⁶.

Lo equitativo (*aequum*), es el ideal de la justicia que debe inspirar a las normas. En la experiencia jurídica romana la *aequitas* tiene una importancia capital: El pretor, desatendiendo las estrictas normas civiles, la hace primar por sobre la legalidad en varias ocasiones¹⁷, solo por dar un ejemplo, en materia sucesoria corrige al *ius civile*, pues le parece de toda justicia que los parientes cognados sean llamados antes que los agnados a suceder a su padre.

A juicio de Rosario de Castro tanto *bonum* como *aequum* permiten la calificación ética de los actos jurídicos, identificándose lo bueno con la realización del bien común al equilibrar el interés individual con el del colectivo,

¹¹ CICERÓN (1997), 1, pp. 25, 36.

¹² “tale formula si pone, nel contesto del discorso celsino, come precipua qualificazione e specificazione epistemologica del ius in quanto “ars”, in quanto cioè esperienza metodicamente qualificata” véase. CERAMI (1985), p. 19.

¹³ AMUNÁTEGUI (2016), p. 21.

¹⁴ D. 50, 17, 144, 0 Paul. 62 ad ed.- “Non omne quod licet honestum est”.

¹⁵ Véase FERNÁNDEZ (2017), p. 35.

¹⁶ CASTRESANA (2015), p. 94; véase CICERÓN (1946)1, pp. 7, 23.

¹⁷ D. 1, 1, 7, 1 Pap. 2 def. “*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum*”. (“Derecho pretorio es el que los pretores introdujeron, por causa de utilidad pública, algunas veces ayudando, supliendo o corrigiendo al derecho civil, y decimos honorario pues se nombra así del honor de los pretores”)

en cambio, lo equitativo permite el equilibrio de intereses contrapuestos¹⁸. La misma idea del equilibrio tiene Amelia Castresana quien establece que lo equitativo es la espiritualización de lo plano que no admite desequilibrios en los platillos de la balanza¹⁹.

Llegado este punto, cabe, entonces, analizar el sentido de justicia en la *forma mentis* romana.

2. IUSTITIA: SUUM CUIQUE TRIBUENDI

Antes de la definición de derecho dada por Celso, en el pasaje en comento, Ulpiano nos dice que el vocablo *ius* proviene de *iustitia* (“*est autem a iustitia appellatum*”) referida por él mismo como la “constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”²⁰ que corresponde a la clásica definición dada por el filósofo Simónides de Ceos, según nos recuerda Platón en *La República*²¹.

Dice Platón (mejor dicho Sócrates²²):

<p>λέγε δὴ, εἶπον ἐγώ, σὺ ὁ τοῦ λόγου κληρονόμος, τί φῆς τὸν Σιμωνίδην λέγοντα ὀρθῶς λέγειν περὶ δικαιοσύνης; ὅτι, ἦ δ' ὄς, τὸ τὰ ὀφειλόμενα ἐκάστῳ ἀποδιδόναι δίκαιόν ἐστι. τοῦτο λέγων δοκεῖ ἔμοιγε καλῶς λέγειν. ἀλλὰ μέντοι, ἦν δ' ἐγώ, Σιμωνίδη γε οὐ ῥάδιον ἀπιστεῖν—σοφὸς γὰρ καὶ θεῖος ἀνὴρ—τοῦτο μέντοι ὅτι ποτὲ λέγει, σὺ μὲν, ὦ Πολέμαρχε, ἴσως γινώσκεις, ἐγὼ δὲ ἀγνοῶ: δῆλον γὰρ ὅτι οὐ τοῦτο λέγει, ὅπερ ἄρτι ἐλέγομεν, τό τινας παρακαταθεμένους τι ὄψοι μὴ σωφρόνως ἀπαιτοῦντι²³</p>	<p>Entonces interpele a Polemarca: – Puesto que eres el heredero de la argumentación, di qué es lo que Simónides afirma correctamente acerca de la justicia. – Que es justo devolver a cada uno lo que se le debe: me parece que, al decir esto, habla muy bien. – respondi.ó. – Ciertamente –dije–, no es fácil dudar de lo que dice Simónides, pues es un varón sabio y divino. No obstante, qué es lo que quiere decir, tal vez tú lo sepas, Polemarca, mas yo lo ignoro. Porque es evidente que no se refiere a aquello de que acabamos de hablar: el caso de devolver a alguien que, no estando en su sano juicio, reclama lo que ha entregado en depósito. Sin embargo, eso que se ha depositado es algo que se debe.</p>
---	---

¹⁸ DE CASTRO (2016), p. 137.

¹⁹ CASTRESANA (2015), p. 94.

²⁰ D. 1, 1, 10, pr. Ulp. 1 reg.- “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”. (“Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”)

²¹ PLATÓN (1988), 331e.

²² Recordemos que, en sus *Diálogos*, Platón “recuerda” las conversaciones entre Sócrates y sus interlocutores, por lo que realmente, quien dialoga, es Sócrates.

Esta discusión socrática recogida por Platón en un diálogo conocido como el “Trasímaco” (por ser este uno de los principales interlocutores en el diálogo) correspondiente al libro primero de *La República*, parte con una conversación entre Céfalo y Sócrates que deriva rápidamente en una discusión filosófica en torno a la justicia, cuando Sócrates comienza a preguntarle por la forma en que este lleva su vejez. En dicha conversación el filósofo pregunta a su anfitrión si ve él justicia en devolverle a quien ha enloquecido un arma que, estando cuerdo, le ha sido dada en depósito. En tal conversación el hijo de Céfalo, Polermaco, interrumpe a los interlocutores y toma para sí la discusión recordando que la justicia ha sido entendida por Simónides como “dar a cada uno lo que se le debe”. El diálogo luego cambia de dirección cuando Trasímaco irrumpe afirmando que la justicia es la conveniencia del más fuerte (1.338c), la cual, si bien es una muy interesante discusión en torno al contenido de la justicia, su análisis nos aleja de nuestro propósito por lo que dejaremos este diálogo hasta aquí.

Recapitulando, la justicia en los términos tomados por Ulpiano coincide con la forma en que Simónides la entiende. Tal noción de justicia, empero, suele serle atribuida generalmente a Aristóteles, por cuanto el Estagirita respetó dicha concepción²³ al analizar la justicia proporcional en la *Ética a Nicómaco*²⁴.

La noción aristotélica de justicia pasará a los filósofos estoicos griegos y, con ellos, al mundo romano, primero a Cicerón, luego a los llamados estoicos romanos (Séneca, Epitecto y Marco Aurelio) y finalmente a Ulpiano, entre otros juristas clásicos²⁵.

Podemos rastrear esta idea de justicia como un “*ius suum cuique tribuendi*” en el tratado *De República* de Cicerón, donde el Arpinate hablando en boca de Filo señala: “es propio del hombre bueno y justo dar a cada uno también lo que se merece”²⁶.

Luego, en sus *Meditaciones* Marco Aurelio señala: “Conviene a cada uno lo que la naturaleza del todo le da a cada uno, y conviene en ese momento en el que ella lo da”²⁷.

Aristóteles elevará la justicia a una virtud moral²⁸ estableciéndola como un hábito y no como una norma. Debido a ello, se habla correctamente de que la justicia consiste en “dar” y no en “deber dar”.

²³ WILLIAMS (2016a), p. 275.

²⁴ ARISTÓTELES (2004)V, 1131a.- “Por consiguiente lo justo es una cierta proporción, pues la proporción no es una propiedad sólo del número abstracto, sino en general del número: la proporción es una igualdad de ‘ratios’”

²⁵ WILLIAMS (2016a), p. 295.

²⁶ CICERÓN (1984) III, 11, 19.

²⁷ MARCO AURELIO, *Med*, X, 20.

²⁸ ARISTÓTELES (2004), II, 1105b-1106a.-

Carlos Amunátegui, al analizar el concepto celsino del *ius* concluía que las voces *bonum et aequum* se vinculan con dos tipos de relaciones de justicia: la justicia distributiva y la justicia conmutativa, las cuales son dos formas aristotélicas de entender lo justo.

La justicia distributiva o asignadora es aquella por medio de la cual se adjudica a cada uno de los integrantes de un cuerpo social, por el todo social, los beneficios, cargas, honores, etcétera, en forma proporcional a los méritos, existiendo, por tanto, una relación de subordinación y supra ordenación²⁹.

<p>ἄμφο γὰρ ἐν τῷ πρὸς ἕτερον ἔχουσι τὴν δύναμιν, ἀλλ' ἢ μὲν περὶ τιμῆν ἢ χρήματα ἢ σωτηρίαν, ἢ εἴ τιτι ἔχοιμεν ἐνὶ ὀνόματι περιλαβεῖν ταῦτα πάντα, καὶ δι' ἡδονῆν τὴν ἀπὸ τοῦ κέρδους, ἢ δὲ περὶ ἅπαντα περὶ ὅσα³⁰.</p>	<p><i>Una especie de justicia particular y de lo justo correspondiente es la que se aplica en la distribución de los honores, dinero o cualquier cosa compartida entre los miembros de la comunidad, pues, en esta distribución, uno puede tener una parte igual o no igual a otro.</i></p>
---	---

A su turno, la justicia conmutativa o sinalagmática –como le llamare santo Tomás de Aquino– es la que se da en el intercambio de bienes y servicios, ya no en proporción, sino en una equivalencia aritmética entre sujetos en una relación de coordinación³⁰.

Decíamos, es este el concepto de justicia que reconoce Ulpiano. En efecto, la trata dos veces en el libro primero de sus reglas en dicha forma (*D. 1, 1, 10, pr* y *D. 1, 1, 10, 1*).

Dice Ulpiano:

<p><i>Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi</i>³¹.</p>	<p>Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo.</p>
<p><i>Iura precepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere</i>³².</p>	<p>Los preceptos del derecho son: vivir honestamente, no causar daño a otro, dar a cada uno lo suyo.</p>

Como vemos, Ulpiano –al igual que Cicerón y los estoicos romanos– fue un jurista influenciado por la filosofía estoica proveniente de Grecia³³ y, por ende, podemos afirmar que ha adoptado el concepto de *iustitia* de la filosofía platónica-aristotélica³⁴.

²⁹ WILLIAMS (2016b), p. 179.

³⁰ WILLIAMS (2016b), p. 180.

³¹ *D. 1, 1, 10, pr*. Ulp. 1 reg.-

³² *D. 1, 1, 10, 1*. Ulp. 1 reg.-

³³ HONORÉ (2004), p. 210. En lo referente a Cicerón, véase DOMINGO (2004), p. 125.

³⁴ WILLIAMS (2016a), p. 295.

3. TEORÍA DE LA JUSTICIA

TRAS EL CONCEPTO DE DERECHO

Hemos señalado que Ulpiano toma el concepto celsino de *ius*, vinculándolo con la *iustitia*, la cual tiene para dicho jurista una noción aristotélica. Sin embargo, comenzamos destacando que la definición celsina es rica en un contenido técnico-jurídico, lo que no implica negar su contenido filosófico.

Según el pasaje ulpiano *ius* proviene de *iustitia* y, por tanto, es esta el punto inicial del derecho. El *ius*, como técnica o arte busca establecer lo bueno y lo equitativo teniendo siempre como directriz primera la justicia. Decíamos, además, que el derecho romano es un derecho casuístico y, por lo tanto, cobra especial relevancia el vocablo *aequum*.

Para Aristóteles la equidad es la justicia del caso concreto. El Estagirita en su *Ética a Nicómaco* distingue entre una justicia general y una justicia particular. La justicia general también es conocida como la justicia legal, pues establece las relaciones entre los miembros de la comunidad y la sociedad en su conjunto, donde los primeros deben contribuir a la segunda a alcanzar su fin: el bien común, y las directrices para ello dimanar tanto de la ley positiva como del derecho natural, con la abstracción que ello implica. En cambio, la justicia particular toma en consideración las peculiaridades de una situación concreta que escapan de las soluciones abstractas previstas por la norma, la cual, de aplicarse sin dichas consideraciones incluso podría llevar a un injusto.

ἐπαινοῦντες μεταφέρομεν ἀντὶ τοῦ ἀγαθοῦ, τὸ ἐπιεικέστερον ὅτι βέλτιον δηλοῦντες: ὅτε δὲ τῷ λόγῳ ἀκολουθοῦσι φαίνεται ἄτοπον εἰ τὸ ἐπιεικὲς παρὰ τὸ δίκαιόν τι ὃν ἐπαινετόν ἐστιν: ἢ γὰρ τὸ δίκαιον οὐ σπουδαῖον, ἢ τὸ ἐπιεικὲς οὐ³⁵.

“lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo ambos buenos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es aún mejor... lo equitativo siendo lo justo no es lo justo legal, lo justo según la ley, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal”

Los juristas romanos no descuidaron la equidad en el ejercicio de su *respondere*. Cicerón decía “*summum ius, summa iniuria*”³⁵. Incluso, sostuvimos que el *ius honorarium* se funda en ella donde el pretor ayuda, suple o corrige al derecho civil “atendiendo a las exigencias del caso concreto”³⁶.

Rosario de Castro destaca que el jurista desentrañaba “lo justo” a partir del caso. Dice:

³⁵ CICERÓN (1946), I, p. 33.

³⁶ FERNÁNDEZ (2017), p. 37.

“El jurista romano captaba lo justo de la realidad, lo que dotaba al derecho de carácter casuístico y lo conectaba con la auténtica naturaleza de las cosas. De esa manera, adquiriría concreción no sólo por tener en cuenta las circunstancias del supuesto que había generado la cuestión, sino porque se alejaba de la tentación de limitarse a ser una mera reflexión abstracta sobre lo justo o lo injusto”³⁷

Así, entonces, el aporte filosófico en cuanto a la teoría de la justicia del jurista romano se encuentra en la capacidad de establecer lo equitativo; lo justo del caso particular, logrando con tal ejercicio cognoscitivo no un bagaje teórico, sino esencialmente práctico, pues de lo que se trata es de dar una solución justa para el caso concreto. Para ello el jurista no puede desatender la naturaleza de las cosas, la cual le sirve como elemento de interpretación³⁸.

Lo justo, en la lógica de Ulpiano equivale a lo que es *bonum et aequum* haciendo del jurista un verdadero filósofo del caso concreto³⁹.

Dicha afirmación se refuerza por el propio Ulpiano quien, luego de definir el derecho establece la labor del jurista. Dice en *D. 1,1,1,1*:

*Cuius merito quis nos sacerdotes appelet; iustitia namque colimus, et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separansolum, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metru poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes*⁴⁰.

“Por cuyo motivo alguien nos llama sacerdotes; pues cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, deseados hacer buenos a los hombres no sólo por el miedo de las penas sino también con la incitación de los premios, buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente”.

Para Amelia Castresana el que Ulpiano se refiera el jurista como sacerdote se explica, además, en la secularización del derecho tras las *XII Tablas*, donde *ius* y *fas* se distancian, pasándose de las manifestaciones religiosas como expresiones de la justicia a un fenómeno jurídico⁴¹. A su turno, Giuseppe Falcone destaca las voces *separantes, discernentes, cupientes* y *afectantes* como manifestaciones del carácter concreto de la labor del jurista⁴²: la *iurisprudentia*.

³⁷ DE CASTRO (2016), p. 128.

³⁸ *D. 50, 17, 10, pr. Paul. 3 ad Sab.- “Secundum naturam est commodum cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda”.*

³⁹ DE CASTRO (2016), p. 124.

⁴⁰ ARISTÓTELES (2004), V, 1137b.

⁴¹ CASTRESANA (2015), p. 95.

⁴² FALCONE (2004), pp. 3-9.

La labor del jurista es la jurisprudencia.

“El jurista romano no coloca los fríos y rígidos esquemas doctrinales por encima de los fines y de las necesidades de la vida. Antes que meter el Derecho en un cuadro de rigor lógico, lo que interesa es acomodar el razonamiento jurídico a las exigencias prácticas”⁴³.

Y tal labor es definida por el propio Ulpiano –tras conceptualizar la justicia y establecer los preceptos del derecho– como el “conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y de lo injusto”⁴⁴. Dos cosas nos llaman la atención: la conexión entre el mundo de lo divino y lo humano y la referencia a la jurisprudencia como ciencia.

En cuanto a lo primero, la referencia al conocimiento de las cosas divinas y humanas tiene relación con lo dicho por Cicerón en *Los deberes* al establecer:

“Por su parte, la sabiduría es, según definición de los antiguos filósofos, el saber de los asuntos divinos y humanos y de las causas por las que estos se enlazan”⁴⁵.

¿Cuál es su relevancia? Nuevamente se nos refleja la filosofía estoica tras Ulpiano.

En cuanto a lo segundo, algo hemos dicho. El jurista romano tiene la ciencia de discernir lo justo de lo injusto, en otras palabras, tiene la técnica para establecer lo bueno y lo equitativo para el caso concreto y, por lo tanto, el derecho, la justicia, la jurisprudencia y el jurista están íntimamente relacionados. Al decir de Amelia Castresana:

“el *ius* está ligado a *iurisconsultus*, a *iurisprudencia*, a *iustitia*, esto es, al jurista, a la jurisprudencia, a la justicia, como la obra de arte está ligada al artista y a la creación artística [...] El jurista, al igual que el pintor o el escultor, crea una obra original, innovadora, que es la solución de justicia para un caso, y expone esa solución como creación propia. Y este Derecho, ligado a la justicia material del caso, tiene su fundamento en la *auctoritas* del jurista”⁴⁶.

Dicho lo anterior, cabe mencionar una última cosa: El jurista en su labor de búsqueda de lo justo del caso particular debe observar, además de la naturaleza de las cosas, los preceptos del derecho.

⁴³ IGLESIAS (2010), p. 71.

⁴⁴ D. 1, 1, 10, 2 Ulp. 1 reg.- “*Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”.

⁴⁵ CICERÓN (1946), II, 5

⁴⁶ CASTRESANA (2015), p. 93.

Ulpiano, luego de definir la justicia en los términos ya analizados no dice, renglón seguido, que son tres los preceptos del derecho: “vivir honestamente, no causar daño a otro y dar a cada uno lo suyo”⁴⁷.

Lo primero que llama la atención es que Ulpiano hable de preceptos y no de reglas. A juicio de Duard Kleyn y Gardiol Van Niekerk ello se explica en que tales preceptos no son *regulae iuris*, ya que no se pueden extraer de las normas jurídicas; de ser así dichos preceptos serían justiciables, pero no lo son. Para estos autores los *precepta iuris* se desprenden de la naturaleza de las cosas y, por tanto, forman parte de la base intuitiva del razonamiento jurídico que informa al caso⁴⁸. Así, cuando el jurista quiera desentrañar la justicia de un caso, intuitivamente observará estos preceptos.

Antonio Fernández destaca que dentro de los preceptos se recoge nuevamente una idea moral (*honeste vivere*) junto a dos jurídicas (*alterum non laedere* y *suum cuique tribuere*)⁴⁹. Concluye al analizar los preceptos y la idea de jurisprudencia que “parece clara la influencia filosófica griega en la definición ulpiana”⁵⁰.

Tal influencia griega de los *precepta iuris* ha sido estudiada por Duard Kleyn y Gardiol Van Niekerk quienes la remontan a la filosofía estoica en su concepción de derecho natural y del hombre como ser racional, desarrollada primero por Aristóteles en *La retórica*. Como hemos dicho, el Estagirita distinguió entre justicia distributiva y conmutativa que llegó a Ulpiano a través de los estoicos, viéndose reflejada en los preceptos *alterum non laedere* y *suum cuique tribuere*, a los que Cicerón recurre a varias veces⁵¹.

Así las cosas, cabe preguntarse, ¿hay una teoría de la justicia tras el concepto del *ius*? Por lo que venimos analizando tal parece sí, una concepción aristotélica de la misma. ¿Se contenta esa teoría en un aspecto eminentemente filosófico? No, es una teoría del todo práctica.

Hagamos el engarce volviendo al concepto ulpiano de justicia: *ius suum cuique tribuere*.

Veamos, ¿qué debe atribuirse? El *ius*; lo *boni et aequi*, o sea, el *iustum* del caso concreto. Si el derecho es lo que debe atribuirse, la cosa debida es el derecho.

¿Cómo se va a atribuir? Dependerá del tipo de relación de justicia de que se trate: si es una relación de subordinación/supraordenación, el derecho será atribuido en atención a criterios de justicia distributiva y, por ende,

⁴⁷ D. 1, 1, 10, 1 Ulp. 1 reg.- “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*”

⁴⁸ KLEYN Y VAN NIEKERK (2014), p. 439.

⁴⁹ FERNÁNDEZ (2017), p. 35.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 37.

⁵¹ KLEYN Y VAN NIEKERK (2014), pp. 440-442.

en forma proporcional a la *ratio*. En cambio, si la relación es de coordinación deberá hacerse en consideración a criterios de justicia conmutativa y, por tanto, en forma aritmética o sinalagmática.

¿Cómo se conocen esos criterios? A través de la naturaleza misma de las cosas o intuitivamente, mediante los *precepta iuris*.

¿Basta el análisis *in abstracto* para hacer dicha atribución? No, se requerirá de la labor del jurista que discerna del caso particular lo justo y lo injusto y así pueda conocer el derecho para finalmente darlo⁵².

Finalmente, ejemplifiquemos todo lo dicho a través del razonamiento de los mismos juristas, poniéndonos en el caso de la muerte de un esclavo ajeno.

La regla nos las da Ulpiano:

<p><i>Si servus servave iniuria occisus occisave fuerit, lex Aquilia locum habet. iniuria occisum esse merito adicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet iniuria id esse factum</i>⁵³.</p>	<p>Si con injuria se hubiere matado a un esclavo o a una esclava, tiene lugar la ley Aquilia⁵⁴. Con razón se añade, que se haya matado con injuria; porque no basta con que se hubiere matado, sino que debe haberse hecho esto con injuria”.</p>
---	--

Por tanto, el que mata a otro dolosa o culposamente debe ser sancionado según la *lex Aquilia*. Entonces, si se mata a un esclavo se responde en la forma prevista por dicho plebiscito⁵⁵.

En el caso propuesto uno causó un daño a otro matando al esclavo de su propiedad.

Desde el punto de vista de lo debido, al dueño del esclavo muerto se le debe una indemnización por aquel que le dio muerte. Hasta aquí la cosa debida, esto es, el derecho que debe ser atribuido está dado por la indemnización.

Al tratarse de una situación entre privados que se hayan en un plano de igualdad, podemos afirmar que entre ellos hay una relación de coordinación y, por ende, deben aplicarse criterios de justicia conmutativa y, por lo tanto, la indemnización deberá ser equivalente al daño y, por ello, se deberá el valor del esclavo. Aún más, la acción es penal y el daño un delito, por lo que, además, importa una sanción y, por ende, ella deberá ser distribuida en atención al

⁵² WILLIAMS (2016a), pp. 275-276.

⁵³ D. 9, 2, 3, pr, Ulp. 18 ad ed.

⁵⁴ La *lex Aquilia* sancionaba al que hubiere matado a un esclavo ajeno a pagar el mayor valor que la cosa hubiere tenido durante el último año. (D. 9, 2, 2, Gai, ad ed. Prov.)

⁵⁵ D. 9, 2, 19, 0 Ulp. 18 ad ed.- “Sed si communem servum occiderit quis, Aquilia teneri eum Celsus ait: idem est et si vulneraverit”. (“Si se hubiere muerto un esclavo común, dice Celso, que se responde por la *lex Aquilia*. Lo mismo si se le hubiese herido”).

daño: la muerte del esclavo. Y esa distribución se hará en forma proporcional, equivaliendo al mayor valor que hubiera tenido el esclavo en el último año.

El jurista al conocer deberá recurrir a la naturaleza de las cosas y desde ese punto de vista es justo que, quien sufre un daño sea indemnizado. Ahora bien, ello lo podemos conocer expresamente en cuanto uno de los presupuestos del derecho es no causar daños a otros.

Hasta aquí el análisis *in abstracto* mandata que aquel que mató al esclavo indemnice al dueño de él, pagándole el mayor valor que el esclavo tuvo durante el último año.

El jurista, como filósofo del caso concreto, debe determinar lo justo y lo injusto y, por ende, analizar la situación *in concreto*. ¿Qué pasa si el esclavo era ladrón?

En caso del esclavo ladrón, Gayo hace el análisis *in concreto*, conociendo lo justo del caso en la forma que hemos señalado.

Dice Gayo:

*Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*⁵⁶.

Y así, si hubiere matado a un esclavo tuyo, ladrón, que me acechaba, estaré exento de responsabilidad, porque la razón natural permite defenderse contra el peligro.

En este punto la cosa debida y la forma de atribuirle aparentemente no ha cambiado. Lo que varía es la forma de conocer lo debido, si el esclavo era ladrón y acechaba al ofensor la razón natural le permite defenderse, por ende, si lo hace y mata al esclavo, la aplicación estricta de la ley provocaría un injusto, ya que aquel que se defiende deberá indemnizar, por ello el jurista busca lo justo del caso en la razón natural y concluye que se exime de responsabilidad, ya que ha querido defenderse y no matar al esclavo.

Luego Ulpiano vuelve a cambiar la situación:

*... sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur...*⁵⁷

...Pero si pudiendo prenderlo, prefirió matarlo, es más cierto que se entenderá que lo hizo con injuria...

El nuevo supuesto del jurista hace necesario volver a investigar lo justo del caso. Aún tenemos un esclavo muerto que *in abstracto* debe ser indemnizado. Luego, tal esclavo era un ladrón y, por ende, la razón natural ha eximido al ofensor de su responsabilidad, pues, exigírsela provocaría un injusto. Ello no ha variado. Lo que se ha agregado al caso es que existía la posibilidad de aprehenderlo, pero a pesar de ello, se le dio muerte. Aún es un esclavo ladrón,

⁵⁶ D. 9, 2, 4, pr Gai. 7 ad ed. prov.

⁵⁷ D. 9, 2, 5, pr Ulp. 18 ad ed.

¿dónde está el cambio? Gayo sostuvo que la razón natural permite defenderse del peligro, por tanto, si en esa defensa se mata al esclavo no se responde por el daño. El cambio se encuentra en la forma de la defensa, pudiéndose detener al esclavo la víctima se habría defendido, pero fue más allá y lo mató, por lo que cometió un injusto, causando un daño que debe indemnizarse.

En los tres casos hay un esclavo ajeno muerto que haría al ofensor reo de la *lex Aquilia*. En el primer caso debe indemnizar por cuanto se le mató simplemente; en el segundo no, ya que se le mató para defenderse del peligro; en el tercero, existiendo el peligro, pero pudiendo resistirse a él deteniendo al esclavo se le dio muerte, razón por la cual se debe la indemnización, y la solución en todos los casos es justa.

CONCLUSIONES

- a) Si bien *ius* no aparece siempre como un concepto unívoco, en el *Digesto* Ulpiano, siguiendo a Celso lo establece como el arte de lo bueno y de lo equitativo. Concepto que tiene un carácter más técnico que teórico.
- b) *Iustitia* fue establecida por Ulpiano en los mismos términos que Simónides, Aristóteles y los estoicos la entendieron: *dar a cada uno lo suyo*.
- c) Aristóteles reconoció una justicia distributiva y una justicia conmutativa que pueden verse reflejadas en las nociones de bueno y equitativo.
- d) El derecho proviene de la justicia, siendo para Ulpiano equivalentes *iustum* de *bonum et aequum*.
- e) Para el derecho romano *ius* y *iustitia* se vinculan a través de la *aequitas*, noción tremendamente relevante en la experiencia jurídica romana que se identifica con lo justo del caso particular.
- f) Para descubrir la justicia del caso es necesaria la labor jurisprudencial que establezca lo justo y lo injusto *in concreto*. Así, el jurista es un verdadero filósofo del caso particular.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMUNÁTEGUI, Carlos (2016): *Teoría y fuentes del Derecho. Boni et Aequi* (Santiago, Ediciones UC).
- ARISTÓTELES (2004): *Ética nicomaquea* (traducción de Antonio Gómez Robledo, vigésima edición, Madrid, Editorial Gredos).

- CASTRESANA, Amelia (2015): *Derecho romano. El arte de lo bueno y de lo justo* (segunda edición, Madrid, Editorial Tecnos).
- CERAMI, Pietro (1985): "La concezione Celsina del ius", in *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, vol. XXXVIII, Palermo, pp. 5-250.
- CICERÓN (1946): *Sobre los deberes* (traducción de Agustín Blánquez, Barcelona, Editorial Iberia).
- CICERÓN (1984): *Sobre la república* (traducción de Álvaro D'Ors, Madrid, Editorial Gredos).
- CICERÓN (1997): *Sobre la invención de la retórica* (traducción de Salvador Nuñez, Madrid, Editorial Gredos).
- CICERÓN (2002): *Sobre el orador* (traducción de José Javier Iso, Madrid, Editorial Gredos).
- DE CASTRO, Rosario (2016): "El jurista romano y su labor de concreción de la justicia", en *Revista Persona y Derecho*, vol. 74, Universidad de Navarra, pp. 117-164. Disponible en www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/download/4158/7386
- DOMINGO, Rafael (coord.) (2002): *Textos de derecho romano* (Navarra, Editorial Aranzadi).
- DOMINGO, Rafael (2004): "Marco Tulio Cicerón", en Rafael Domingo (coord.), *Juristas universales*, vol. I. Disponible en www.academia.edu/36119347/Marco_Tulio_Cicer%C3%B3n_106-43_a.C._
- FALCONE, Giuseppe (2004): "La vera philosophia dei sacerdotes iuris. sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D.1.1.1.1)", in *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, vol. XLIX, Palermo.
- FERNÁNDEZ, Antonio (2017): *Derecho privado romano* (décima edición, Madrid, Editorial Iustel).
- HONORÉ, Tony (2004): "Domicio Ulpiano", en Rafael Domingo (coord.), *Juristas Universales*, vol. I. Disponible en www.academia.edu/36119347/Marco_Tulio_Cicer%C3%B3n_106-43_a.C._
- IGLESIAS, Juan (2010): *Derecho romano* (décimo octava edición, Madrid, Sello editorial).
- KLEYN, Duard & Gardiol VAN NIEKERK (2014): "Ulpian's praecepta iuris and their role in south african law. Part I: historical context", in *Fundamina*, vol. 20, n.º 1, University of South Africa, pp. 437-445. Disponible en: http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1021-545X2014000100039
- MARCO AURELIO, *Med*, X, 20.
- PLATÓN (1988): *La república* (traducción de Conrado Eggers, Madrid, Editorial Gredos).
- RICCOBONO, Salvatore (1948): "La definizione del ius al tempo di Adriano", in *Bulletino dell'istituto di Diritto Romano*, pp. 53-54.

WILLIAMS, Jaime (2016a): *Lecciones de Introducción al derecho* (octava edición, Santiago, Fundación de Ciencias Humanas).

WILLIAMS, Jaime (2016b): *Filosofía del derecho. Sus fundamentos griegos* (Santiago, Fundación de Ciencias Humanas), vol. II.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

