

# A MODO DE EPÍLOGO. LA DUCTILIDAD EN EL DERECHO EN ROMA Y AHORA

Gerardo Pereira-Menaut  
Universidad de Santiago de Compostela

He escrito estas líneas a partir de la sugerencia de D. Jorge Guillén Olcina, magistrado-juez de Madrid, para que realice un comentario crítico sobre las Conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Comisión de las Comunidades Europeas, D. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en el asunto C-310/97 P ‘Comisión de las Comunidades Europeas contra AssiDomän Kraft Products AB y otros’. Esta invitación se produce debido a que, desde hace tiempo, estoy trabajando sobre los Principios Generales del Derecho procedentes del Derecho Romano, y en las Conclusiones del Abogado General se hace uso de principios, notoriamente de la *aequitas*, de la equidad, como gran principio informador. Por otra parte, el papel del Derecho Romano recibido en la generalidad de Europa bajo circunstancias y formas diversas que le han procurado el nombre de *ius commune*, está adquiriendo un renovado papel en la for-

mación del nuevo derecho comunitario europeo, según muestra R. Knüttel<sup>1</sup>.

Pero antes de seguir convendrá exponer una sucinta noticia sobre el caso en cuestión. En 1984, la Comisión Europea impuso sendas multas a un grupo de empresas fabricantes de pasta de papel, acusadas de prácticas tendentes a alterar los precios y otros hechos circunstanciales injustificables. Las empresas así condenadas, excepto aquellas con sede en Suecia, impugnaron tal decisión, siendo absueltas de parte de los cargos en 1993. Las empresas suecas solicitaron entonces que se las tratase como a sus colegas. Se les deniega tal pretensión en 1995, por haberlo hecho fuera de plazo. El mismo año recurren éstas con la misma pretensión, que les es concedida en 1997. Poco después, el mismo año, es la Comisión la que recurre en casación. A este último procedimiento pertenecen las Conclusiones del Abogado General que vamos a comentar, en las que propone que se anule la

<sup>1</sup> “Rechtseinheit in Europa und römisches Recht”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (1994) 244-276.

concesión que se había hecho a las empresas en su día recurrentes. Aunque con argumentos parcialmente distintos, esta fue la decisión tomada finalmente por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo el 14 de septiembre de 1999. Mis comentarios están hechos desde la experiencia de ese trabajo de recontextualización de los principios del Derecho Romano, primero en su entorno jurídico, luego en su propia sociedad, cuando ello es viable. Comprobamos que algunos de los más importantes principios o máximas jurídicas que hoy entendemos de determinada manera, no quisieron decir eso en la doctrina jurídica romana, a la que incluso pueden resultar ajenas. La máxima jurídica *dura lex sed lex*, por ejemplo, no fue escrita por el jurista Ulpiano para decir ‘la ley es dura, pero es la ley’ (y a ella debemos atenernos etc.), sino, justamente al contrario, para lamentarse de que se tenga que aplicar una ley que efectivamente es ley, pero demasiado dura<sup>2</sup>. Conozco que cierta escuela de pensamiento jurídico dará por buenas cualesquiera alteraciones que los principios jurídicos hayan sufrido a lo largo del tiempo, concediendo valor no a lo que realmente son, sino a lo que han llegado a ser. Sucede, sin embargo, que el trabajo de limpieza y restauración, como en las antigüedades artísticas, suele revelar mayor perfección y mayor fuerza expresiva que las que antes aparentaban, algo que difícilmente querremos desaprovechar. Y no parece sensato, desde luego, volver al *ius commune*, a sus fundamentos, desoyendo su

propia voz. Seguramente sería poco útil tratar de establecer un procedimiento general y desatender cosas y casos: parece más conveniente estudiar de cerca cada cosa y cada caso. Un buen ejemplo práctico, salvadas las distancias, encontramos en el mismo comienzo de las Conclusiones del Sr. Ruiz-Jarabo (en adelante, ‘Conclusiones’). La sentencia de Goethe que inicia el texto, *Prefiero la injusticia al desorden*, significó, en boca de Goethe, algo del todo ajeno a lo que generalmente se cree. Según tal idea común, Goethe quiso decir que prefería una situación de injusticia social, aun siendo perjudicial y dañina para muchos, normalmente los más pobres o desprotegidos, a una algarada, una revolución o simplemente la subversión del orden civil. Pero Goethe quiso decir algo bien distinto. La historia es la siguiente.

Poco después del triunfo de la Revolución Francesa, Prusia encabeza una coalición encaminada a atajar los nuevos vientos que la Revolución desata y su eco en los clubes revolucionarios que también en Alemania existían. En 1793 Goethe asiste a la reconquista de Maguncia, que había sido tomada antes por los franceses. Éstos, y los revolucionarios alemanes, habían impuesto allí su propio régimen, obligando a la población no simpatizante a huir. Al ser reconquistada la ciudad, se invierte la situación: regresan los que habían huido y huyen los franceses y sus simpatizantes. Las autoridades alemanas han dado órdenes explícitas de que se les deje escapar sin

<sup>2</sup> Ulpiano en su libro cuarto sobre adulterios, *Digesto* 40.9.12.1: *quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est* y aunque esto es muy duro, así está escrita la ley). Se refiere a la prohibición legal a la mujer divorciada de manumitir o enajenar un esclavo, incluso aunque lo haya adquirido después del divorcio. Ulpiano dice que esta prohibición es muy dura, pero que así lo dice la letra de la ley. Ya el comediógrafo Plauto, en el siglo II a.C. había dicho (*Thebaida* 8): *lege dura vivant mulieres multo que iniquiore miserae quem viri* (= las mujeres, infelices ellas, viven bajo leyes duras y mucho más inicuas que los hombres). En ambos casos late la idea de que la ley es injusta con las mujeres, y la expresión de Ulpiano es un lamento contra tal injusticia, no una aceptación voluntaria de una ley aunque sea dura. H. ROLAND & L. BOYER, *Locutions latines et adages du droit français contemporains* vol. II, 1a. parte, Lyon, 1977, págs. 240 ss. lo interpretan del mismo modo, convirtiendo esta sentencia en un alegato a favor de la flexibilidad del juez en la aplicación de la ley, sin la cual flexibilidad puede ser injusta.

atacarlos. Cuando la muchedumbre observa la marcha de los que ahora huyen, descubren que uno de ellos, acompañado de una dama y seguido de un carro de cuatro caballos lleno de pertrechos, no es sino aquel arquitecto que después de saquear el decanato de la catedral, le había prendido fuego por su propia mano. El pueblo se enfurece y, a pesar de las órdenes recibidas, se alborota. Se grita a favor de su muerte, y se acerca el linchamiento. Es entonces cuando interviene Goethe, que estaba presente. Su gran autoridad no es suficiente, si no hay mayor empeño, para detener al pueblo enfurecido. Pero Goethe se empeña, y lo consigue. Horas después, un ilustrador inglés, amigo suyo, le pregunta cómo ha podido arriesgar su vida para defender a un desalmado, y Goethe le contesta: *ich will lieber eine Ungerechtigkeit begehen als Unordnung ertragen* (prefiero incurrir en injusticia que soportar el desorden). La injusticia que Goethe prefiere es que aquel ladrón e incendiario escape sin su merecido castigo. El desorden que no soporta es que el pueblo, aunque justamente enfurecido, se tome la justicia por su mano desobedeciendo las órdenes, como en un motín<sup>3</sup>.

Ahora que sabemos lo que Goethe quiso realmente decir, ¿debemos, podemos, seguir haciendo de él un apóstol convencido del orden político-civil, sea éste cual sea, por

encima incluso de la injusticia que de él se derive o a él acompañe? Si evidente es que no era ese el sentido de su frase, ¿qué fundamento tendrá, en realidad, lo que a partir de ahí construyamos? Sólo hay una razón para no devolver a Goethe su verdadero sentido: que lo citemos para aprovecharnos de su autoridad, sea con el objeto que sea.

### 1. Justicia versus seguridad jurídica. El derecho y la equidad

Recordemos que la cuestión en litigio es si se les deben rebajar las multas a las empresas suecas que no han recurrido en plazo, como se ha hecho con aquellas otras que sí lo hicieron. Si por un lado parecería de elemental justicia que se les rebajasen a ellas también, pues el ‘delito’ cometido es el mismo, por otro, la obligatoria necesidad de atenerse a las reglas del procedimiento lo impide: los actos firmes no son revocables, pide la elemental seguridad jurídica. Esta contradicción es expuesta por el Sr. Ruiz-Jarabo con tintas casi trágicas, en el sentido clásico del término: no hay salida posible. Apoyándose en la malentendida cita de Goethe, inicia sus Conclusiones afirmando que éste ‘tomaba partido en lo que constituye probablemente el dilema más complejo de todo ordenamiento jurídico: la tensión entre, por un lado, las aspiraciones de

<sup>3</sup> Goethe y su amigo inglés se encuentran en el cuartel del duque, delante del cual, en una plaza, tienen lugar los hechos. Bromeando, primero explica Goethe su actitud diciendo que así ha conseguido que la plaza permanezca limpia, sin los destrozos que habrían acompañado al linchamiento. El inglés insiste en preguntarle cómo ha podido arriesgarse tanto. Escribe Goethe: *Ich wies ihn immer scherzhaft auf den reinen Platz vor dem Hause und sagte zuletzt ungeduldig: 'Es liegt nun ein mal in meiner Natur, ich will lieber eine Ungerechtigkeit begehen, als Unordnung ertragen'* (comillas en el original) (= Le hice notar una vez más, en tono de broma, la limpieza de la plaza delante de la casa hasta que al final le dije, impaciente: ‘Se trata simplemente de mi forma de ser; prefiero incurrir en injusticia que soportar el desorden’). J.W. GOETHE, *Werke (Hamburger Ausgabe)*. Band 10. *Autobiographische Schriften* II. Edición de Erich Trunz, Múnich, 1981.

Del contexto se colige que Goethe no estaba precisamente hablando ni en serio ni en tono académico; no deja de ser curioso que aquella frase, dicha para acabar con la insistencia del inglés, mediante una respuesta que no admite posterior discusión, se haya convertido, totalmente desnaturalizada y desvirtuada, en apología de un pensamiento socialmente conservador, ultramontano. Esto, sin perjuicio de que Goethe fuese realmente contrario a las ideas de la Revolución Francesa. *Vid.*, en este mismo sentido, Fr. BLUCHE, *Dictionary des citations et des mots historiques* (Éditions du Rocher, s.l., 1997, pág. 242: “Phrase authentique de Goethe, presque toujours citée à contreemploi. On pense que, au nom de l'ordre, l'écrivain accepte que souffrent des innocents. La réalité est opposée...”).

justicia y, por otro, la necesidad de seguridad'. Tal dilema y tal tensión parecen resueltos, a favor de la seguridad, en el *Apartado 55*, en una verdadera declaración de principios: "El derecho, en cuanto técnica al servicio de la organización social, no busca –a diferencia de la moral– la plasmación de un ideal de perfección absoluta. Se contenta con definir el contenido de las relaciones jurídicas típicas y formalizar las vías de litigio, acudiendo, en ocasiones, a *consideraciones de equidad* para lograr la justicia del caso concreto. Sin embargo, creo que puede afirmarse que el fin primero de todo ordenamiento jurídico *no es la justicia, sino el orden* el derecho aborrece el desorden" (subrayado mío).

La situación del Sr. Ruiz-Jarabo, en medio de esa tensión que las dos fuerzas provocan, recuerda muy de cerca la del emperador Antonino Pío (138-161 d.C.) según el jurista Marcelo en *Digesto* 4.1,7 pr. El pretor Marcio Avito había dirigido una consulta al emperador acerca de un caso difícil: una persona había perdido un litigio por el mero hecho de estar ausente, y esto parecía poco justo. El emperador, en un rescripto (que crea derecho), le contesta *etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est* y aunque en las formalidades [del procedimiento judicial] nada puede ser alterado fácilmente, sin embargo cuando la evidente equidad así lo requiere, hay que proporcionar un remedio).

De la declaración del *Apartado 55* y de la decisión del emperador A. Pío se colige que hay ocasiones en que la aplicación del derecho crea situaciones de injusticia. Y no excepcio-

nalmente, sino como algo natural. No por el derecho mismo, sino por su aplicación a individuos, situaciones, problemas, particulares y concretos. A los que el derecho no puede atender, por la propia naturaleza de las cosas. El Sr. Ruiz-Jarabo parece estar convencido de ello, y por eso habla del dilema: malo si no aplico el derecho, malo si lo hago.

Seguramente esto es así, en cualquier sociedad y en cualquier ordenamiento jurídico complejos. La doctrina romana lo sabe, y acuña para ello una sentencia famosa, *summum ius, summa iniuria*: el máximo derecho (es) la máxima injusticia<sup>4</sup>. Pero no se conforma a esa lamentable paradoja. Para combatirla, *el ordenamiento jurídico romano se dota de un potente autocorrectivo, de compleja naturaleza, que nos dice tanto acerca de sus concepciones jurídicas como de la forma de ser de aquella sociedad y de su ideal (o utopía) social y política*. Esta última parte, el reflejo en el ordenamiento jurídico de los presupuestos, aspiraciones, programas políticos etc. de una sociedad podrá traernos interesantes reflexiones sobre aquello de que "el fin primero de todo ordenamiento jurídico no es la justicia, sino el orden", ya citado, del *Apartado 55* de las Conclusiones. Antes vamos a fijarnos en otros aspectos esenciales.

Los posibles males causados por la aplicación del derecho se corrigen en la doctrina romana, fundamentalmente, por medio de la *aequitas* (equidad) y la *benignitas*, esta última de casi imposible traducción; 'benignidad' o cualquier otro sustantivo castellano directamente emparentado con el latino nos introduce en un campo semántico relativo a 'bon-

<sup>4</sup> La idea estaba muy extendida en el mundo clásico. La máxima *summum ius, summa iniuria* es de Cicerón en *De officiis* 1.33. Terencio, en *Eauto ntimo ro umeno* §96, lo decía *ius summum saepe summa malitia est* (= el máximo derecho a menudo es máxima malicia). Columella, en *De re rustica* 1.7,2: *summum ius antiqui putabant summam crucem* (= los antiguos pensaban que el máximo derecho era el máximo tormento).

dad’, ‘benquerencia’, propio de la moral y la ética. Mientras que en su contexto jurídico clásico *benignitas* debería traducirse más bien por ‘corrección’. *Benignus* procede de *ben+ignus* como *malignus* procede de *male+ignus*. Cuando los jurisconsultos piden al juez que, en determinados casos proceda con *benignitas* le están pidiendo que actúe con cuidado, con corrección, bien. Y es así precisamente en todos aquellos llamados *in dubio*... (=en la duda...), en los que tal duda hace aparecer el peligro de que la aplicación del derecho pueda ocasionar un mal. Es entonces cuando el juez debe juzgar particularmente bien, o simplemente suspender la aplicación de ese derecho, como es el caso de la famosa sentencia *in dubio pro reo* en la que se predica sencillamente que, ante la posibilidad de que el derecho ocasione una injusticia, debe interrumpirse su aplicación. Quedando así el demandado libre de acusación y el juicio concluido. Ello será beneficioso, ‘benigno’, para el demandado, sólo cuando éste sea verdaderamente culpable. No en otro caso, y nunca porque el juez haya tratado de aplicarle un beneficio, sino porque no ha podido aplicarle el derecho.

Los Comentarios del Sr. Ruiz-Jarabo son también, se puede decir, un verdadero manifiesto a favor de la equidad como principio rector del derecho. Vale la pena verlo con detalle.

*Apartado 45:* Un acto administrativo firme puede tener que ser obligatoriamente reexaminado debido a “la necesidad de dar cabida, frente a la regla general de la inatacabilidad de dichos actos, a superiores razones de equidad”.

*Apartado 46:* La equidad debe guiar el “*balancing exercise* de los intereses y conductas en juego”.



Edificio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

*Apartado 48:* Frente al Art. 176 del Tratado de la Comunidad Europea, la equidad sirve de fundamento al reconocimiento de una situación de justicia intolerable. “Consideraciones de equidad, conocidas en los derechos de todos los Estados miembros, capaces de hacer quiebra al principio general de la inimpugnabilidad de los actos administrativos firmes transcurridos los plazos de recurso”.

*Apartado 55:* El derecho acude en ocasiones a la equidad para lograr la justicia del caso concreto.

*Apartado 64:* Superiores consideraciones de equidad pueden fundamentar una excepción a una regla general (la inatacabilidad de los actos firmes).

*Apartado 69:* “Elementales exigencias de equidad” se oponen a que permanezca el acto firme si está viciado.

*Apartado 73:* Superiores exigencias de equidad obligan a la Comisión a revisar un acto de gravamen si hay indicios de vicio.

*Apartado 81:* Para romper la norma y hacer excepción es necesario un “juicio de equidad”.

*Apartado 84:* Para atender a circunstancias específicas de las que depende que un acto sea nulo o sola-

mente viciado es necesario un “cierto grado de apreciación en equidad”.

*Apartado 98*: Las empresas suecas recurridas no ofrecieron ninguna superior razón de equidad, y ello es el principal motivo de que el Sr. Ruiz-Jarabo proponga que se mantengan las sanciones.

A la vista de este gran peso específico de las razones de equidad en la argumentación del Sr. Ruiz-Jarabo, comprendemos mejor su ‘declaración’ en el *Apartado 55*, ya citada: “El derecho, en cuanto técnica al servicio de la organización social, no busca –a diferencia de la moral– la plasmación de un ideal de perfección absoluta. Se contenta con definir el contenido de las relaciones sociales típicas y formalizar las vías de litigio, acudiendo, en ocasiones, a consideraciones de equidad para lograr la justicia del caso concreto...”. La formulación es muy clara: *una cosa es el derecho, y otra la equidad*. El primero recurre en ocasiones a la segunda cuando aquél no puede conseguir la justicia en un caso concreto. La ‘declaración’ del *Apartado 55* seguía: “el fin primero de todo ordenamiento jurídico no es la justicia, sino el orden”. Concluimos de nuevo, respetando el valor primario de sus palabras: *la equidad no pertenece al ordenamiento jurídico*. En efecto, si el ordenamiento jurídico no tiene como fin primero la justicia, y si la equidad es aquello que vendrá en ayuda

del derecho para alcanzar tal justicia, no cabe la menor duda de que la equidad está fuera del ordenamiento jurídico como lo está del derecho, del que el ordenamiento jurídico es plasmación práctica, por otro lado. Me temo que muchos juristas no estarán de acuerdo con estas deducciones, por correcto que pueda haber sido mi razonamiento y fiel el uso que he hecho de las palabras del *Apartado 55*.

No sería de extrañar tal desacuerdo, incluso entre juristas españoles. De las palabras del Sr. Ruiz-Jarabo, y ante todo del conjunto de sus Comentarios y muy en particular del uso que él mismo hace de las superiores razones de equidad, como acabamos de ver, no puede colegirse que la equidad sea extraña al derecho, si por ello hemos de entender ‘ajena’. La relación entre derecho y equidad parece un poco más compleja: ésta sería algo así como una categoría superior del derecho, como una especie de gran inspiradora que lo infundiría totalmente, de tal manera que no podría haber derecho que no atendiese, desde su propio interior, a los dictados de la equidad. No podría haber una ley que no fuese equitativa. Y sólo en el caso de que la aplicación práctica de ese derecho produjese, por la naturaleza de las cosas y circunstancias juzgadas, una situación contraria a esa inspiración profunda del propio derecho, sólo entonces habría que acudir a la equidad para, desde su máxima *auctoritas*, devolver al derecho las cualidades que se le habrían hurtado –no importa ahora que tal eventualidad se produzca escasas veces o, por el contrario, sea frecuente–. Pero aun así, sería necesario reconocer que la equidad estaría por encima del ordenamiento jurídico, al que llegado el caso hace quebrar sus reglas, como hemos visto. De acuerdo con ello, ese ordenamiento jurídico es sólo una parte de algo mayor, dentro de lo cual también se contiene la equidad. Podríamos llamar a eso ‘sistema jurídico’, uti-





lizando la terminología de la moderna teoría de sistemas. En tal sistema estarían contenidos el ordenamiento jurídico, la equidad y aún otros elementos de máxima importancia (que aparecen también en las Conclusiones del Sr. Ruiz-Jarabo, como veremos) en una relación de interdependencia inherente a los conjuntos sistémicos. Un sistema es sensible a los estímulos externos como tal conjunto o sólo en alguno de sus elementos, con resultados en todo caso que interesarán al todo. Pero antes de ver esos otros elementos de máxima importancia será interesante volver a la equidad en sus fuentes del derecho romano.

Hay una fuerte familiaridad entre la visión de la equidad que se desprende de las Conclusiones del Sr. Ruiz-Jarabo y la doctrina de los jurisconsultos romanos. No nos han legado éstos ninguna definición de *aequitas*, pero Cicerón, como tantas veces, viene en nuestro auxilio. Para Cicerón, grandísimo conocedor de la teoría y de la práctica jurídicas, el derecho está compuesto de tres partes: la ley, la costumbre y la *aequitas*<sup>5</sup>. De acuerdo con ello, la ley (o en su caso la costumbre como fuente de ley) no es todo el derecho. Sólo lo es cuando va acompañada de la equidad. Veamos ahora algunos de los rasgos distintivos de la *aequitas* entre los juristas.

1. La *aequitas* debe observarse siempre, sobre todo en el derecho. Paulo en *Digesto* 50.17,90: *In omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda est* (= En todas las cosas, pero máxime en el derecho, ha de observarse la equidad).
2. La *aequitas* viene en nuestra ayuda aunque nos abandone el derecho. Paulo en

*Digesto* 39.3,2,5 ante el caso de un propietario de un fundo inundado porque en el predio vecino el agua se ha llevado un dique de contención. Pretende que se reconstruya ese dique, pero al ser la riada de origen natural, no se le puede dar una acción legal para conseguirlo. Dice Paulo: *quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus* (= sin embargo, aunque no pueda darse la acción de contención del agua pluvial, opino que debe dárseme una acción útil o un interdicto contra el vecino, si quiero reconstruir en su campo lo que a mi me beneficia y a él no le ha de perjudicar: esto es lo que sugiere la equidad, aunque el derecho nos abandone).

3. La *aequitas* está por encima del derecho. Paulo en *Digesto* 37.1,6,1: *quamvis enim in iure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor* (= si bien por derecho civil dejan de ser hijos aquellos que por capitidisminución dejan de ser herederos de suyo, el pretor, sin embargo, por razón de equidad, rescinde su capitidisminución).
4. La *aequitas* está por encima de las formalidades del derecho. Marcelo en *Digesto* 4.1,7 pr. sobre el Emperador Antonino Pío, ya citado. *Vid. supra*.
5. La *aequitas* es contraria a la aplicación

<sup>5</sup> *Topica* 31 (edición de A. S. Wilkins, Oxford Classical Texts, 1903 [1987]): *Formae sunt[igitur] eae in quas genus sine ullius premissione dividitur, ut si quis ius in legem morem aequitatem dividat* = las especies son, pues, las subdivisiones de un género, sin omitir a ninguna, como cuando alguien divide el derecho en ley, costumbre y equidad). Recordemos también que el *Digesto* se inicia con la definición de Ulpiano, en *Dig.* 1.1,1: *ius est ars boni et aequi* = el derecho es el arte de [hacer] lo bueno y lo equitativo).

severa de las leyes. Modestino en *Digesto* 1.3,25: *Nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producimus ad severitatem* = Ninguna razón de derecho ni la benignidad propia de la equidad permiten que, por medio de una interpretación más dura y contra el interés de las personas, hagamos severas aquellas [normas] que han sido introducidas provechosamente para el bienestar de esas personas). La benignidad aparece aquí como una emanación natural de la equidad, y contraria a la severidad. *Vid. supra* sobre el significado de *benignus* ‘correcto’, ‘bien hecho’.

6. El derecho puede fallar donde la *aequitas* acierta. Paulo en *Digesto* 44.4,1,1 expone la excepción por dolo malo y miedo, afirmando: *Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per oecasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit* (= Y así el pretor propuso esta excepción para que nadie por aplicación del derecho civil y contra la equidad natural, pueda beneficiarse de su propio dolo).
7. El juez debe atender con más libertad a la *aequitas*. Ulpiano en *Digesto* 11.7,14,13 expone el caso de un testador que confía su entierro a una persona, pero el heredero le prohíbe a ésta que lo lleve a cabo. Esa persona lo entierra igualmente, fiel a su deber. Se pregunta si, a continuación, puede demandar al heredero para que le compense por los gastos habidos. Dice Ulpiano: *et generaliter puto iudicem iustum non meram negotiorum gestarum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget* (= y en general pienso que el juez justo no debe conceder una acción imitando la de simple gestión de negocios,

sino, actuando con más libertad, guiarse por la equidad, pues también lo permite la naturaleza de la acción).

En otros pasajes del *Digesto* los juristas exponen casos prácticos en los que, atendiendo a la *aequitas*, se debe resolver como se indica:

- A) *No se puede condenar a nadie sin haberlo escuchado*. En *Digesto* 48.17,1pr. dice Marciano: *Divi Severi et Antonini Magni rescriptum est, ne quis absens puniatur. Et hoc iure utimur, ne absentes damnetur: neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur* (= Hay un rescripto de los emperadores Septimio Severo y Caracalla en el que se dispone que nadie que esté ausente pueda ser castigado. Y este es el derecho que seguimos, que no se condene a los ausentes, pues la razón de equidad no tolera que se condene a nadie sin haber oído la causa).
- B) *Se protege al equivocado de buena fe*. Dice Papiniano en *Digesto* 6.1,48: *Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum ‘exceptionem doli posita’ per officium iudicis aequitatis ratione servantur...* (= Lo gastado en un predio, que luego resultó ser ajeno, por un poseedor de buena fe, no puede ser reclamado al que había donado el predio ni al propietario, sino que mediante la excepción de dolo y por oficio del juez en razón de equidad han de ser indemnizados...).
- C) *Se evitan daños a terceros, aunque provengan de causas naturales*. En *Digesto* 39.3,2,6 expone Celso la divergencia entre Aufidio Namusa y Labeón acerca de la posibilidad de obligar al propietario de un predio a limpiar las aguas pluviales encharcadas en él que perjudican al pre-



dio vecino. Labeón opina que cuando se trata de alteraciones de origen natural, cada uno debe sobrellevarlo con paciencia. Celso afirma, al contrario, *sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisi-mus* (= Pero nosotros incluso en este caso admitimos [la razón de] equidad).

- D) *Transmitimos la propiedad a quien queremos* Gayo en *Digesto* 41.1,9,3 tratando sobre la adquisición de propiedad, dice: *nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntante domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi* (= Pues nada es más conveniente a la equidad natural como que tenga validez legal la voluntad de un propietario que quiere transferir una cosa a otro).
- E) *No se exige el cumplimiento de una obligación al que, sin culpa, no puede cumplirla* Ulpiano, en *Digesto* 50.15,4,1 dice: *Illam aequitatem debet admittere censor, ut officio eius congruat relevari eum, qui in publicis tabulis delato modo frui certis ex causis non possit, quare et si agri portio chasmate perierit, debet per censorem relevari. Si vites mortuae vel arbores aruerint, iniquum eum in numero inseri censui...* (= El que fija los impuestos debe guiarse por la equidad, de tal modo que por su propio ministerio acuerde relevar del pago a aquel que, aunque aparezca en la relación del registro público, por ciertas causas no ha podido obtener ganancias; si, por ejemplo, una parte de sus tierras desaparecieron por un terremoto, debe ser relevado por el que fija los impuestos. Si las vides hubieran perecido o los árboles se hubieran secado, sería ‘anti-equitativo’ incluirlo entre los que deben pagar...).
- F) *No se abusa del condenado amonado.* Dice Paulo en *Digesto* 4.5,7,3: *Item cum civitas amissa est, nulla restitutio nis aequitas est adversus eum, qui amissis bonis et*

*civitate relicta nudus exulat* (= Del mismo modo, cuando se pierde la ciudadanía, no hay razón alguna de equidad para [exigir] la restitución de aquél que ha perdido sus bienes y se va al exilio, abandonando su ciudad). Se refiere a la restitución de los males causados por ese condenado, lo que en principio se le podría exigir.

- G) *No se reivindica una cosa cuando ya hemos sido indemnizados por su pérdida* Se trata de un predio de un menor que ha sido vendido, en contra de la ley, por su representante legal. El comprador ha indemnizado por su valor. No se le debe exigir además la devolución del predio. Ulpiano en *Digesto* 27.9,10: *Illicite post senatus consultum pupilli vel adolescentis praedio venundato, si eo nomine apud iudicem tutelae vel utilis actionis aestimatio facta est eaque soluta, vindicatio praedii ex aequitate inhibetur* (= Si se hubiera vendido el predio de un pupilo o de un menor, de forma ilícita según el senadoconsulto, y si en el juicio de tutela o en la acción útil se hubiese hecho la estimación de su valor y se hubiese pagado, debe anularse, por equidad, la reivindicación del predio [que había sido vendido] ).
- H) *Se conceden al marido los frutos de la dote, pues ya lleva las cargas del matrimonio.* Ulpiano en *Digesto* 23.3,7 pr.: *Dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit, cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est eum etiam fructus percipere* (= La equidad aconseja que los frutos de la dote sean para el marido, pues ya que él debe sufrir las cargas del matrimonio, es equitativo que perciba tales frutos).

Estos son los principales rasgos que definen la equidad entre los juristas romanos. De acuerdo con ello, podríamos establecer que:

- es uno de los principios fundamentales que dirigen o deberían dirigir el desarrollo del derecho.
- la equidad se expresa en la interpretación de la ley existente, o al suplementarla cuando falta la adecuada disposición.
- es el tratamiento igual para todos de acuerdo con las concepciones sociales.
- cuando las normas anteriores se hacen viejas o inadecuadas a las condiciones de los nuevos tiempos, la equidad adquiere todo su vigor.
- la equidad tiene su fundamento natural en cualquier sociedad humana, en sus costumbres, su ética y sus concepciones sociales, y de ella puede emanar una ley por costumbre o por actos legislativos.
- la equidad es aducida por los juristas como base para criticar o expresar dudas acerca de la ley vigente<sup>6</sup>.

Aunque las caracterizaciones de la equidad en los juristas romanos son muchas más y más amplias que lo que sobre ella atisbamos en las Conclusiones del Sr. Ruiz-Jarabo, es claro que unas y otras nos sitúan ante un mismo filón del pensamiento jurídico. En ambos casos, la equidad aparece como principio de máxima autoridad, que lleva al derecho por el buen camino de la justicia, aunque para ello tenga a veces que enmendarle la plana. La tensión entre justicia y seguridad jurídica, con la que la Sr. Ruiz-Jarabo comienza su argumentación, se resuelve a favor de la primera cuando las circunstancias del caso lo piden, gracias a superiores consideraciones de equidad. El Sr. Ruiz-Jarabo se esfuerza por demostrar que es posible y conveniente, justo y necesario, llegado el caso, quebrar las reglas establecidas en aras de la seguridad jurídica, para alcanzar la justicia. La misma tensión que

sentía Antonino Pío cuando decide excusar de las formalidades del derecho a aquel ausente que, por estar ausente, había perdido un litigio. Los argumentos del Sr. Ruiz-Jarabo me parecen sólidos y bien traídos, y desde luego están bien acompañados de la autoridad de tantos pronunciamientos de los juristas clásicos. A medida que vamos leyendo las Conclusiones vamos obteniendo la sensación -eso me ha sucedido- de que finalmente va a proponer que, a pesar de no haber recurrido en plazo, se le aplique a las empresas suecas el mismo tratamiento que a las otras, las que sí habían recurrido en tiempo. Y sin embargo, propone lo contrario. Para justificar esta decisión añade nuevos elementos a su argumentación, que son aquí de mucho interés.

## 2. Los otros elementos del ‘sistema jurídico’

Esos nuevos argumentos o razones están expuesto en los *Apartados* 97 y 98. En el primero de ellos expone que “A preguntas de este Tribunal de Justicia, las empresas suecas no han avanzado razón alguna que permita identificar *intereses dignos de protección, distintos del legítimo derecho que les asiste de pretender recuperar parte del importe de las multas*” (subrayado mío). Recuerda a continuación que la Comisión había ya aducido “las consideraciones de seguridad jurídica cristalizadas en el artículo 173, así como la prohibición general de discriminación. Discriminación que se daría, de procederse a la revocación de la sanción y a la devolución de las multas, primeramente entre las empresas suecas, que no interpusieron recurso en su momento, y las empresas que sí lo hicieron, asumiendo el correspondiente riesgo”. No es esto último, estrechamente vinculado a las formalidades

<sup>6</sup> Vid. A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* Filadelfia, 1953 (reimp. 1991), s.v. *aequitas*.



Theodor Mommsen. Retrato al óleo de F. von Lenbach, 1897. Colección Schäfer, Schweinfurt.

del derecho, la que aquí nos interesa. Ya sabemos, a estas alturas, que superiores razones podrían hacer quebrar tales formalidades. Nos interesa lo que el Sr. Ruiz-Jarabo aduce en primer lugar, como propio razonamiento: no hay –no puede ver– “intereses dignos de protección”. Debemos inmediatamente concluir: si hubiera ‘intereses dignos de protección’ su recomendación hubiera sido otra, proponiendo la devolución de las multas a las empresas suecas. ¿Qué son ‘intereses dignos de protección’, que, como la equidad, podrían hacer quebrar las formalidades del derecho, en particular la regla de la inatacabilidad de los actos jurídicos firmes?

El *Apartado 98* es todavía más determinado. Dice así: “Después de un detenido análisis de las circunstancias propias de este asunto y de las observaciones de las empresas suecas no acierto a distinguir ningún motivo que aconseje apartarse de la regla general de la inatacabilidad de los actos no recurridos en plazo. En efecto, si la Decisión ‘Pasta de madera’ adquirió firmeza respecto de dichas destinatarias –a quienes se ha de presumir un nivel adecuado de asistencia letrada– (subra-

yado mío), fue exclusivamente debido a su propia y consciente conducta procesal (...) Por mi parte, estimo que al no concurrir, por no haberse siquiera alegado, superior razón de equidad alguna, la ponderación de los distintos intereses que propongo no puede arrojar otro resultado que el querido por la regla general...”. Concluimos: si las empresas no hubiesen tenido un nivel adecuado de asistencia letrada, la decisión del Sr. Ruiz-Jarabo podría haber sido distinta.

Del mismo tenor son otros dos elementos que encontramos en los *Apartados 80 y 81*. En el primero leemos: “cuando dicha regla general [*sc.* la inimpugnabilidad de los actos firmes] es objeto de cierta corrección, de origen legislativo o jurisprudencial, para dar cabida a determinados imperativos superiores de justicia material, siempre se ha producido *una previa ponderación de los diversos intereses en conflicto*”(subrayado mío). En el *Apartado 81* se dice: “Así, en un supuesto de sanción pecuniaria como el de autos, la institución deberá sopesar, por un lado, la naturaleza y la gravedad del vicio, sus efectos y su eventual subsanabilidad y, por otro, *la severidad de la sanción y su incidencia relativa sobre el patrimonio del particular o sobre la viabilidad de la empresa*”(subrayado mío). Concluimos: si los intereses en juego son de determinada importancia (el juez deberá ponderarlo, valorarlo) o si la sanción pone en peligro la viabilidad de la empresa (*idem*) es pensable que la decisión del juez sea distinta a la que habría de ser en otro caso. Si las siete empresas suecas tuviesen un total de, por ejemplo, 100.000 empleados, y constituyesen una porción considerable de un sector estratégico para Suecia, y si estuviesen en un momento difícil, de tal manera que un último golpe económico hubiese de acabar con ellas... ¿podemos pensar, sin dudarlo, que la propuesta del Sr. Ruiz-Jarabo habría sido distinta? Diríase que sí... eliminar 100.000 puestos de trabajo y debilitar un sector eco-

nómico estratégico debe ser un buen motivo para quebrar la regla de la inatacabilidad de los actos firmes.

Fijémonos en estos nuevos elementos: las reglas del derecho habrían sido derrotadas en los siguientes supuestos: 1) existen intereses dignos de protección; 2) si el demandado no tiene un nivel adecuado de asistencia letrada; 3) si así lo aconseja una previa ponderación de los intereses en conflicto; 4) si la aplicación de las reglas establecidas pone en peligro o supone el hundimiento de una empresa o la ruina de un particular. Podemos añadir todavía, 5) una situación de injusticia intolerable, debida a la aplicación de la ley, mencionada varias veces, por ejemplo en el *Apart. 81*.

De nuevo estamos ante dimensiones de la práctica de la justicia que parecen estar por encima del ordenamiento jurídico, como lo estaba la equidad. Juegan, o podrán jugar, un papel decisivo, como hemos visto en el caso que comentamos. Me parece que está fuera de toda duda que estos ‘elementos’ o dimensiones de la justicia existen de hecho, como existe la ‘alarma social’ en determinados casos. Por tanto, lo interesante será, partiendo de esa simple constatación, preguntarnos qué sentido tienen, a qué obedecen, qué pretenden conseguir. Me parece también cierto que su existencia y su utilización han de presentar problemas a todo ordenamiento jurídico que pretenda ser lo más definido y definible posible. ¿Pueden, estos elementos, ser establecidos con claridad y rigor? ¿Pueden ser clasificados, ordenados, sistematizados? ¿O son cambiantes, aleatorios, en definitiva arbitrarios, al depender del buen arbitrio del que ha de aducirlos en su entendimiento de una causa? La doctrina jurídica romana vendrá de nuevo en nuestra ayuda.

Hay mucho de ilógico en el derecho. Dice el jurista Juliano en *Digesto* 9.2,51,2: *multa iure civile contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta sunt* (= muchas cosas

contra razón han sido admitidas en el derecho civil en aras de la utilidad pública). El caso que expone es el de un esclavo muerto por los golpes de varios, sin que se pueda saber quién le produjo efectivamente la muerte. Para evitar que el delito quede impune o bien que uno de los agresores, él solo, sea considerado culpable, debe llegarse a una curiosa solución, que él mismo considera absurda, pues el conjunto de las penas pecuniarias impuestas excederá con mucho el precio del esclavo. Esta absurda solución es, añade Juliano, propia de la tradición jurídica romana, en *Digesto* 9.2,51,1: *Idque est consequens auctoritati veterum, qui cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non apparet cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt* (= Y esto es consecuente con la autoridad de los juristas antiguos, que juzgaron que cuando un esclavo era herido por varios, sin que se pudiera saber por el golpe de cuál de ellos había perecido, todos quedaban sometidos a los dictados de la ley Aquilia). Esta solución es, sin embargo, dice, menos absurda que la contraria, es decir, que un delito quede impune. No olvidemos que ‘interesa a la sociedad que los actos delictivos no permanezcan impunes’, como dicen los glosadores medievales a Paulo en *Digesto* 39.4,9,5 (*Interest rei publicae, ne maleficia remaneant impunita*).

Son numerosos, en la doctrina romana, los ejemplos de cosas ilógicas o absurdas incluidas en el derecho. Ilógicas desde la pura razón jurídica, pero llenas de sentido desde otra perspectiva, como en el caso recién revisado. Vamos a ver con cierto detalle sólo uno de ellos, que es particularmente interesante porque en él se contradice uno de los principios fundamentales, aquél según el cual ‘el error de derecho perjudica’. Conviene aclarar que se trata del daño o perjuicio que tal desconocimiento del derecho ocasiona al mismo ignorante, y no de aquél que el ignorante, por serlo, pueda causar a terceros. La posición de

principio es, naturalmente, que todo el mundo debe conocer la ley.

Pero ya aquí encontramos interesantes matices. Según Paulo, en *Digesto* 22.6,9,3: *Sed iuris ignorantiam non prodesse Labeo ita accipiendum existimat, si iuris consulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia, quod raro accipiendum est* (= Labeo considera que la ignorancia de derecho no beneficia cuando se tienen a disposición jurisprudencias, o se está instruido por el propio conocimiento, de tal modo que la ignorancia de derecho vaya sólo en perjuicio de aquél que fácilmente puede conocerlo, lo que escasas veces sucederá). En otras disposiciones encontramos una enumeración de aquéllos cuya ignorancia del derecho puede ser explicable y por ello perdonable. Dice Paulo, en *Digesto* 4.6,16: *non negligentibus subvenitur sed necessitate rerum impeditis* (= no se ayuda a los negligentes, sino a los impedidos por la fuerza de las cosas). Según Paulo en *Digesto* 22.6,9,5 *nec stultis solere succurri, sed errantibus* (= y no suele ayudarse a los tontos, sino a los que se equivocan). Un criterio práctico para distinguir al verdadero ignorante justificado del negligente o tonto lo trae el mismo Paulo en *Digesto* 22.6,9,2: *quid enim si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat?* (= ¿qué se ha de pensar si todos en la ciudad lo saben y sólo él lo ignora?). Hasta aquí, se trata de disculpar la ignorancia del derecho a aquéllos que, de forma ‘natural’, sin que medie excesivo descuido o desinterés por informarse, lo ignoran. Más importante para nosotros es lo que sigue.

Paulo, en *Digesto* 22.6,9 pr. expone: *minoribus viginti annis ius ignorare permisum est, quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur: et ideo sicuti non est delictum, iuris ignorantia non laeduntur* (= a los menores de 25 años se les permite ignorar el derecho, lo que también se

dice en ciertos casos de las mujeres, a causa de la debilidad de su sexo, y por eso, si no hay delito, la ignorancia del derecho no les perjudica). El mismo jurista, a continuación, en *Digesto* 22.6,9,1 añade: *si filius familias a commilitone heres institutus nesciat sibi etiam sine patre licere adire per constitutiones principales ius ignorare potest et ideo ei dies aditionis cedit*. (= si un hijo no emancipado, que es militar, ha sido instituido heredero por un compañero de armas, e ignora que en virtud de ciertas disposiciones de los emperadores puede adir la herencia aún sin el consentimiento del padre, puede ignorar el derecho, y el plazo de adición de la herencia no tendrá vigencia para él). De nuevo el mismo Paulo presenta otro caso en el que la ignorancia del derecho es disculpable. En *Digesto* 2.5,2,1, dice: *si quis in ius vocatus non ierit, ex causa a competenti iudice multa pro iurisdictione iudicis damnabitur; rusticitate enim hominis parcendum est* (= si alguien, habiendo sido citado a juicio, no compareciera, será castigado por el juez competente con una multa propia de su jurisdicción según los casos. Pero habrá que ser condescendiente con la rusticidad de la persona). Como colofón, recordemos a Papiniano en *Digesto* 22.6,8: *ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet* (= por lo demás, el error de derecho no perjudica a nadie de tal modo que pierda aquello que le pertenece).

Extraigamos consecuencias. Para empezar, llama la atención el parentesco tan cercano entre el texto de Paulo en *Digesto* 22.6,9,3 relativo a la posibilidad de informarse sobre el derecho con un jurisconsulto, es decir, consultar con un abogado, y el “nivel adecuado de asistencia letrada” aducido por el Sr. Ruiz-Jarabo en el *Apartado* 98, nivel que él considera presumible y por ello no atendible como posible motivo para fallar a favor de las empresas suecas. De acuerdo con esto, el conocimiento del derecho no sería, al menos

en ciertos casos, una responsabilidad u obligación personales, sino que, por unas u otras razones, sería comprensible y admisible que algunas personas lo ignorasen. La necesidad de acudir al consejo de quien sí lo conoce, de un técnico, eximiría de responsabilidad al ignorante del derecho, si no había podido aconsejarse debidamente. La cuestión acerca de la existencia de responsabilidad habría de dilucidarse atendiendo a los esfuerzos o a la negligencia del ignorante para ser convenientemente aconsejado. Esto es lo que hacen los jurisconsultos romanos, al hacer esas curiosas distinciones entre el ‘despistado’ y el ‘negligente’, el ‘tonto’ y aquel otro que ignora lo que todo el mundo en su ciudad sabe. Si el Sr. Ruiz-Jarabo abre esa puerta, diríase que no podrá ya cerrarla sin dejar paso a consideraciones como estas o similares: si las empresas suecas careciesen de la adecuada asistencia letrada por propia culpa, por negligencia, ello no podría nunca serles beneficioso. Y, en verdad, no parece pensable que esas industrias papeleras puedan carecer del más adecuado asesoramiento jurídico; ni que puedan ni que quieran. Los jurisconsultos romanos hablan de personas, más o menos avezadas, informadas, o determinadas en su personalidad, no de importantes corporaciones industriales. Llama la atención, en fin, que el Sr. Ruiz-Jarabo haya tenido en consideración si el adecuado nivel de asistencia letrada era presumible o no.

La doctrina romana relativa a la capacidad de conocer el derecho y a la eventual irresponsabilidad de quien no lo conoce -si no es por negligencia-, revive, por ejemplo, en dos recientes sentencias<sup>7</sup>. En ellas se exime a un trabajador del conocimiento de la complejísima legislación pertinente, de tal manera que

no habrá de sufrir las consecuencias de su ignorancia. En ese contexto y circunstancias, el desconocimiento del derecho no le resultó perjudicial; *error iuris non nocet* (el error de derecho no perjudica).

Todas las otras disposiciones o consideraciones de los juristas romanos citadas tienen un objeto semejante, a saber, la protección jurídica. Se protege a:

1. Los menores de 25 años. Esto puede resultar extraño al lector actual, que probablemente pensará en la minoría de edad tal como nosotros la entendemos, siendo así que 25 años son muchos para seguir siendo menor. En efecto, a tal edad ya se podía ser magistrado, y esto es ya suficientemente elocuente. El fundamento de la protección no es la ausencia de madurez o algo similar, sino de razón histórica. Bien conocedores como eran los romanos de la absoluta necesidad de que el grupo de población de cada ciudad se reprodujese sin problemas, evitando su disminución numérica, practicaron una decidida política natalista asumida luego por el Cristianismo. A tal lógica obedece la protección del sector más débil de la estructura demográfica.
2. Los soldados. Es de nuevo una razón histórica contingente. Los soldados conocen muchas otras exenciones y ‘favores’ del Estado, ante todo la de los pesadísimos *munera*, aquellas prestaciones que todo ciudadano, en tanto tal y como propietario, tiene que hacer al Estado, sin contrapartida aparente alguna. Con estas exenciones el Estado romano quiere hacer más atractiva la vida del militar, y obsequiarlo por su entrega a las armas.

<sup>7</sup> Sentencia 1998/16271 TS 4<sup>a</sup>, S 08-07-1998, rec. 4903/1997. Sentencia 1999/24711 TSJ Cataluña, S 08-06-1999, n<sup>o</sup> núm. 4310/1999, rec. 9881/1998.



3. Las mujeres. La razón que se aduce es siempre su ligereza, la falta de firmeza de su ánimo, aquello que las obligará a estar siempre bajo tutela, primero la del padre, luego la del marido, y de otro cuando enviuda.
4. El aldeano ignorante, el rústico. Aquí se trata de una razón de ‘natural equidad’, según la expresión querida de los juristas. Obsérvese que incluso se es indulgente con ellos cuando no se presentan al juicio al que han sido llamados. Esto es de gran indulgencia: el primer artículo de la *Ley de las Doce Tablas*, la primera recopilación del derecho, en Roma, en el siglo V a.C., disponía precisamente que cuando alguien era llamado a juicio tenía que ir necesariamente. De no hacerlo, aquél que lo había demandado podía actuar contra él por su propia cuenta. Esa era la base de cualquier ordenamiento jurídico, de la práctica de la justicia.

Cuatro ‘bienes sociales mercedores de superior protección’. En ellos, en su fundamento y su sentido la sociedad romana se manifiesta. Nos muestra cuáles son sus valores, sus aspiraciones, su proyecto social e histórico, en definitiva. En ellos –entre otros– están las claves que soportan todo el edificio. Por ellos, la ley se hace parcial, desigual. No es parcial en su aplicación, pues la propia ley consagra el trato diferenciado a unos y a otros; lo es en su propia substancia. Cosas absurdas o ilógicas, afirmaban los mismos juristas romanos, pero necesarias para el bienestar de los hombres, *pro utilitate communi* según decía Juliano. Para el bienestar de los hombres de aquella sociedad y tal como aquella sociedad, desde su propia historia y experiencia, lo pedía.

No sólo los romanos introdujeron cosas ilógicas en su ordenamiento jurídico. También nosotros lo hacemos, en el presente, y proba-

blemente lo harán todas las sociedades. ¿Cómo puede entenderse, si no, que en un panorama jurídico en el que todo lo que no atente contra la ley o las costumbres puede ser contratado, siendo la voluntad de los contratantes el único fundamento del contrato, y por ello suficiente para establecerlo o disolverlo, nos pongan tantas dificultades cuando queremos, por simple voluntad de ambas partes, disolver un contrato matrimonial que antes hemos de esa forma establecido? Porque hay cosas que merecen superior protección, y ante eso todo cede.

Debemos volver a las preguntas que hace poco planteábamos. ¿Son esos elementos de ‘ilogicidad’, o en su caso simples dimensiones del sistema jurídico que parecen estar por encima de las leyes, definibles, clasificables, sistematizables? La respuesta es tan compleja, que por veces parece imposible.

Si la aplicación de las leyes da lugar a “situaciones antijurídicas en sentido material” (la expresión es del Sr. Ruiz-Jarabo, *Apartado 86*), supongo que no sucederá lo mismo si el resultado práctico es el cierre de un pequeño restaurante, por ejemplo, o de un grupo empresarial con 100.000 empleados. Es pensable que en el primero de ellos la situación antijurídica se mantuviese, con el consiguiente cierre efectivo del pequeño negocio, mientras que en el segundo caso, no. Incluso si un juez severo sentenciase el cierre de ese gran grupo empresarial, es pensable que a continuación un gobierno más realista subvencionase a esas empresas arruinadas por la sentencia judicial para evitar el cierre. Todos los medios de comunicación, los líderes políticos, los sindicatos obreros, las autoridades locales etc. etc., estarían vigilantes, abogando por una solución política. Con ello, la sanción quedaría anulada, en la práctica. Este elemento de ‘ilogicidad’ (jurídica) es fácilmente definible: máximo interés social-económico, alarma social, o simple alta estrategia política o de desarrollo regional.

Otras veces, las cosas son más complicadas. La protección jurídicamente 'ilógica' del matrimonio, la protección del patrimonio artístico-cultural que perjudica a unos intereses privados frente a otros, un auténtico pozo sin fondo que ya se extiende al llamado patrimonio 'inmaterial', etc. etc., son de definición poco menos que imposible, a no ser que acudamos a los 'bienes histórico-culturales', en otro caso a los genéricos 'intereses sociales' que la sociedad quiere proteger. A los valores sociales, en definitiva. De acuerdo con ello, todo aquello que emana de tales intereses sociales superiores, que los protege y los promueve, podría ser fundamento de merecimiento de superior protección, eventualmente de 'ilogicidad' jurídica, al ocupar ese espacio superior del sistema jurídico. De

momento, el mejor ejemplo serían los valores, de todo género, que la Constitución Española de 1978 contiene. Pero la Constitución cambiará también cuando la sociedad se lo demande, de modo que esa dimensión del sistema jurídico que nos parece estar por encima del ordenamiento jurídico debe quedar abierta hacia arriba, esperando nuevos estímulos, nuevos contenidos.

Hemos hablado de la utopía política romana, que se traduce en un proyecto social que se manifiesta en su sistema jurídico. Debemos preguntarnos, simplemente, si nosotros tenemos una utopía política, si ésta se hace real con su correspondiente proyecto social (que habrá de ser bien distinto del romano, naturalmente), y si éste lucha por abrirse camino en nuestro sistema jurídico.