

## **UTILITAS PUBLICA, IUS NATURALE Y PROTECCIÓN DE LA NATURA**

Por

JAKOB FORTUNAT STAGL

Profesor

Universidad de Chile

[jakob.stagl@yahoo.de](mailto:jakob.stagl@yahoo.de)

*Revista General de Derecho Romano* 33 (2019)

RESUMEN: ¿Cuál es la función de la categoría *utilitas publica* en los escritos de los juristas clásicos? Sirve para legitimar las *leges publicae*, como en el caso de la *lex Iulia et Papia* de Augusto. En segundo lugar, *utilitas publica* se cita como la razón de ser de una *lex publica* dada para el propósito de su interpretación, y en tercera instancia es una guía para la creación de una nueva ley por parte de los propios juristas. La parte del Derecho romano que se deriva de la *utilitas publica* se llama *ius publicum*. En este sentido tiene una función selectiva. Debido a su origen en el pensamiento iusnaturalista y su naturaleza pública, la *utilitas publica* es el principio creativo detrás de las primeras normas de protección del medio ambiente.

PALABRAS CLAVE: *utilitas publica*, *ius publicum*, *lex publica*, *res publica*, *ius naturale*, protección del medio ambiente.

## **UTILITAS PUBLICA, IUS NATURALE AND PROTECTION OF NATURA**

ABSTRACT: What is the function of the category *utilitas publica* in the writings of the classical jurists? It serves to legitimate *leges publicae*, as in the case of Augustus' *lex Iulia et Papia*. Secondly, *utilitas publica* is cited as the rationale of a given *lex publica* for the purpose of its interpretation, and in the third instance it is a guideline for the creation of new law by the jurists themselves. The part of Roman law, which is derived from *utilitas publica*, is called *ius publicum*. In this sense it has an assortative function. Due to its origin in natural law thinking and its public nature *utilitas publica* is the creative principle behind the first norms aiming at the protection of the environment.

KEYWORDS: *utilitas publica*, *ius publicum*, *lex publica*, *res publica*, natural law, protection of the environment.

¿A qué se refieren los juristas con *utilitas publica* o *communis*<sup>1</sup>, qué función desempeña este concepto? Sigue sin haber una respuesta satisfactoria a esta pregunta,

---

<sup>1</sup> *Utilitas communis* es un sinónimo, p.e. Iul. D. 9,2,51,2 (86 dig.) y C. 4,62.1; sobre la utilidad común en el derecho fiscal FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano* (22<sup>a</sup> ed., Madrid, 2019) p. 344.

aunque el tema ya ha sido frecuentemente el objeto de notables tratados<sup>2</sup>, el último por parte de Roberto Scevola<sup>3</sup>. A continuación se tratará de mostrar que la *utilitas publica* era la perspectiva central para una cierta parte de la legislación, la interpretación y la creación de derecho que se determinará más adelante; una visión que el interpolacionismo había impedido ver hasta ahora<sup>4</sup>. En una última etapa será nuestro desafío relacionar el concepto de *utilitas publica* con la protección de la *natura* (medio ambiente).

## I. LEGISLACIÓN

Si le echamos un vistazo al material minuciosamente elaborado por Scevola, podemos resumir brevemente la historia de nuestro tema de la siguiente forma: por supuesto, se pueden encontrar precursores de la *utilitas publica* en los filósofos griegos; los sofistas defendían el punto de vista de que el derecho es aquello que le sirve al más fuerte<sup>5</sup>, un parecer cuya frialdad se percibe con especial claridad en el diálogo de los atenienses con los melios durante la Guerra del Peloponeso<sup>6</sup>. Platón<sup>7</sup> y más tarde Aristóteles<sup>8</sup> rechazaron esta posición, identificando el derecho con aquello que es útil para la comunidad.

Estos conceptos llegaron a Roma a mediados del siglo II a.C. a través de Carnéades<sup>9</sup>. Allí la idea se encuentra en un discurso que se tratará más adelante del político Quinto Cecilio Metelo Macedónico del año 131 a.C. No obstante, el concepto real

---

<sup>2</sup> ALBURQUERQUE, J.M., “La interrelación de interés público, interés común e interés privado en la noción de *utilitas publica*”, en: A.F. de Buján y G. Gerez Kraemer (eds.), *Hacia un derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano III* (Madrid, 2016), pp. 131 ss.; ANKUM, H., “*Utilitas causa receptum. On the pragmatical methods of Roman lawyers*”, en: J.A. Ankum et al. (eds.), *Symbolae M. David* (Leiden, 1968), pp. 1 ss.; GAUDEMET, J., “*Utilitas publica*”, en: *Revue historique de droit français et étranger* 28 (1951), pp. 465-499; LEPTIEN, U., “*Utilitatis causa: Zweckmässigkeitsentscheidungen im römischen Recht*”, en: *SDHI* 35 (1969), pp. 51-72; LONGO, G., “*Utilitas publica*”, en: *Labeo* 18 (1972), pp. 7-71; STEINWENTER, A., “*Utilitas publica, utilitas singulorum*”, en: *Festschr. Paul Koschaker*, vol. I (Weimar, 1939), pp. 84-102.

<sup>3</sup> SCEVOLA, R., *Utilitas publica*, Vol. 1: *Emersione nel pensiero greco e romano*, Vol. 2: *Elaborazione della giurisprudenza severiana* (= L’arte del Diritto), CEDAM (Mailand, 2012), 420 + 408 pp.; discutido por CASTÁN, S., *Rec. a R. Scevola, Utilitas publica*, en: *Seminarios Complutenses* 27 (2014), pp. 520-535; SANTINI, P., “*Utilitas publica*”, en: *Index* 43 (2015), pp. 153-164.

<sup>4</sup> Scevola, por el contrario, defiende en todo momento la autenticidad de los textos citados a continuación.

<sup>5</sup> Pl. *Grg.* 483 A.

<sup>6</sup> Thuc. 5,84-116.

<sup>7</sup> Pl. *Pol.* 333 s.

<sup>8</sup> Arist. *Eth. Nic.* 1116 a y *Pol.* 1278 b, 1280 b, 1281 b, 1283.

<sup>9</sup> Especialmente claro en STEINWENTER (n. 2), pp. 84-102; también detalladamente en SCEVOLA (n. 3), Vol. 1, pp. 1-285.

aparece por primera vez con Cicerón, como no se podía esperar de otra forma. Para Cicerón, la *res publica* y el *ius* que se desarrolla en ella sirven al bien común, es decir, a la *utilitas publica*. Este es el «punto de fuga» de su filosofía del Estado<sup>10</sup>. Sin embargo, no se debe entender como algo puramente empírico, sino como un concepto cargado de valor: *recteque Socrates exsecrari eum solebat qui primus utilitatem a iure seiunxisset* [y con razón Sócrates solía maldecir primero que separó la utilidad del derecho], escribe Cicerón<sup>11</sup>. Veamos algunos textos significativos (Cic. *De off.* 1,22):

<p><i>Sed quoniam, ut praeclare scriptum est a Platone, non nobis solum nati sumus ortusque nostri partem patria vindicat, partem amici, atque, ut placet Stoicis, quae in terris gignantur, ad usum hominum omnia creari, homines autem hominum causa esse generatos, ut ipsi inter se aliis alii prodesse possent, in hoc naturam debemus ducem sequi, communes utilitates in medium afferre mutatione officiorum, dando accipiendo, tum artibus, tum opera, tum facultatibus devincire hominum inter homines societatem.</i></p>	<p>Pero ya que, como muy bien dijo Platón, no nacemos únicamente para nosotros, sino que una parte de nuestro ser la reclama nuestra patria, y la otra los amigos; y, tal como les place a los estoicos, todo cuanto produce la tierra ha sido creado para el uso de los hombres, y los hombres para los hombres, a fin de que puedan ayudarse recíprocamente, en este sentido debemos seguir a la naturaleza como guía, poniendo en común lo que les puede ser útil a todos con el intercambio de servicios, dando y recibiendo, y hacer más íntima la sociedad de los hombres entre sí con nuestra industria, con nuestro trabajo y con todos los medios de que dispongamos.</p>
---	--

De aquí se deduce que Cicerón parte de una relación del individuo con la comunidad - determinada por la naturaleza<sup>12</sup> - que se plasma en el ordenamiento jurídico siguiendo una de las ideas características de este pensador<sup>13</sup>. Esta misma idea se encuentra en mayor medida también en un texto de la *República* (1,39):

<p><i>Est igitur, inquit Africanus, res publica res</i></p>	<p>Así, pues, dijo Africano, la cosa pública</p>
---	--

<sup>10</sup> En lugar de todos MAYER-MALY, T., "Gemeinwohl und Naturrecht bei Cicero", en: K. Zemanek (ed.), *Völkerrecht und rechtliches Weltbild, Festschrift für Alfred Verdross* (Wien, 1960), pp. 195 ss.; véase también JOHANN, H.Th., *Gerechtigkeit und Nutzen: Studien zur ciceronischen und hellenistischen Naturrechts- und Staatslehre* (Carl Winter, 1981).

<sup>11</sup> Cic. *Leg.* 1,33.

<sup>12</sup> Con respecto a esto, véase MAYER-MALY (n. 10), p. 200.

<sup>13</sup> MAYER-MALY (n. 10), p. 202.

<i>populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus...</i>	(república) es lo que pertenece al pueblo; pero el pueblo no es todo el conjunto de hombres reunidos de cualquier manera, sino el conjunto de una multitud asociada por un mismo derecho, que sirve a todos por igual.
--	--

Las personas que se agrupan en una comunidad se unen en la *res publica* y esta no es simplemente una acumulación de personas, sino una unión en una comunidad de derecho y bienestar<sup>14</sup>. La expresión literal *utilitas publica* se encuentra en un pasaje posterior del mismo escrito: Cicerón se resiste a anteponer una supuesta *utilitas* ante el *honestum* por la brutalidad de esta noción. Así es la ilusión de la utilidad (*publicae utilitas species*) cuando se les niega a los extranjeros la hospitalidad, especialmente a los refugiados<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Véase también Cic. *pro Sestio* 91f.: *Quis enim nostrum, iudices, ignorat ita naturam rerum tulisse ut quodam tempore homines nondum neque naturali neque civili iure descripto fusi per agros ac dispersi vagarentur, tantumque haberent quantum manu ac viribus per caedem ac vulnera aut eripere aut retinere potuissent? qui igitur primi virtute et consilio praestanti exstiterunt, ii perspecto genere humanae docilitatis atque ingeni dissipatos unum in locum congregarunt eosque ex feritate illa ad iustitiam atque ad mansuetudinem transdixerunt. tum res ad communem utilitatem, quas publicas appellamus, tum conventicula hominum, quae postea civitates nominatae sunt, tum domicilia coniuncta, quas urbis dicimus, invento et divino iure et humano moenibus saepserunt.* [En efecto, jueces, ¿quién de nosotros ignora que la naturaleza de las cosas se desarrolló de tal modo que, en otro tiempo, aún sin la prescripción de ningún tipo de derecho natural o civil, los hombres andaban dispersos y diseminados por los campos y que únicamente poseían cuanto, con sus manos y sus fuerzas, matándose o hiriéndose, habían podido robar o conservar? En consecuencia, los primeros que destacaron por un valor o inteligencia sobresalientes, al darse cuenta de la natural docilidad y forma de pensar del hombre, congregaron en un único lugar a los que vivían diseminados y transformaron aquel estado salvaje en una forma de vivir apacible y de acuerdo con unas normas. Entonces, las instituciones encaminadas al bien común que llamamos «públicas», las asociaciones humanas que después fueron denominadas «estados» y las agrupaciones de casas que llamamos «ciudades», al establecerse el derecho divino y humano, fueron protegidas con murallas.] A este respecto, véase WOOD, N., *Cicero's social and political thought* (Oakland, CA, 1991), p. 126.

<sup>15</sup> Cic. *De off.* 3,47: *Male etiam, qui peregrinos urbibus uti prohibent eosque exterminant, ut Pennus apud patres nostros, Papius nuper. Nam esse pro cive, qui civis non sit, rectum est non licere; quam legem tulerunt sapientissimi consules Crassus et Scaevola; usu vero urbis prohibere peregrinos sane inhumanum est. Illa praeclara, in quibus publicae utilitatis species prae honestate contemnitur. Plena exemplorum est nostra res publica cum saepe, tum maxime bello Punico secundo; quae Cannensi calamitate accepta maiores animos habuit quam umquam rebus secundis; nulla timoris significatio, nulla mentio pacis. Tanta vis est honesti, ut speciem utilitatis obscureret.* [También obran mal los que prohíben a los extranjeros residir en las ciudades y los destierran, como Penno entre nuestros padres y Papio recientemente. De hecho, es justo no permitir que ocupe el lugar de un ciudadano el que no es ciudadano; y esta ley la promulgaron los sapientísimos cónsules Craso y Escévola; pero prohibir a los extranjeros la estancia en una ciudad es completamente inhumano. Son notables los casos en que se menosprecia la apariencia de utilidad pública ante la honestidad. Nuestra república está llena de ejemplos de eso, muy a menudo y, sobre todo, cuando la segunda guerra púnica; después de haber sufrido el desastre de Cannas, manifestó más grandeza de ánimo que nunca antes en tiempos de prosperidad; ninguna

Caracterizada de tal manera en el aspecto teórico, con la preparación propagandística de la Lex Iulia et Papia la idea de la *utilitas publica* sale de la esfera política para introducirse en la jurídica. Escuchamos el concepto de la boca de un emperador en un discurso programático de Tiberio<sup>16</sup> ante el Senado en el que el nuevo emperador jura dejarse guiar por el respeto a la *utilitas publica* (Tac. *Ann.* 4,38,1):

<p><i>Ego me, patres conscripti, mortalem esse et hominum officia fungi satisque habere si locum principem impleam et vos testor et meminisse posteros volo; qui satis superque memoriae meae tribuent, ut maioribus meis dignum, rerum vestrarum providum, constantem in periculis, offensionum pro utilitate publica non pavidum credant.</i></p>	<p>Yo, senadores, quiero ser mortal, desempeñar cargos propios de hombres y darme por satisfecho con ocupar el primer lugar; os pongo a vosotros por testigos de ello y deseo que lo recuerde la posteridad, que bastante tributo, y aún de más, rendirá a mi memoria con juzgarme digno de mis mayores, vigilante de vuestros intereses, firme en los peligros e impávido ante los resentimientos por el bien público.</p>
---	---

Se ha informado tan a menudo sobre la idea de Tiberio de asumir dificultades en aras de la *utilitas publica*<sup>17</sup> que en el ámbito académico se considera que, aunque no acuñara este concepto<sup>18</sup>, sí lo asumió y expresó personalmente<sup>19</sup>.

Es muy posible que adoptara esta figura de pensamiento de Augusto, pues en el campo de la investigación se considera el pasaje citado como prueba sólida de que Tiberio deseaba posicionarse conscientemente en continuidad con su predecesor<sup>20</sup>.

El concepto de la *utilitas publica* tiende a desnaturalizarse en forma de «razón de Estado»<sup>21</sup>: Tal como nos informa Tácito, la aplicación del *senatus consultum*

---

muestra de miedo, ninguna propuesta de paz ¡El poder de la honestidad es tal que hace sumirse en la tiniebla la apariencia de utilidad!]

<sup>16</sup> Es muy difícil saber quién habla aquí realmente, ¿Tiberio o Tácito? Los matices de esta cuestión son aclarados por PELLING, Ch., *The Spur of Fame: Annals 4.37-8*, en: Ch.S. Kraus, J. Marincola, and Ch. Pelling (ed.), *Ancient Historiography and its Contexts: Studies in Honour of A.J. Woodman* (Oxford, 2010), cap. 21.

<sup>17</sup> Tac. *Ann.* 3,54,6; 6,15,2; también indirectamente en Suet. *Tib.* 33.

<sup>18</sup> Sall. *Hist. frg. Oratio Cottae*.

<sup>19</sup> BAAR, M., *Das Bild des Kaisers Tiberius bei Tacitus, Sueton und Cassius Dio* (B.G. Teubner, 1990), pp. 44 con n. 3; SYME, R., *Tacitus*, Vol. 1 (Oxford, 1958), p. 428 con n. 4.

<sup>20</sup> Pruebas sobre la bibl. en COWAN, E., "Tacitus, Tiberius and Augustus", en: *Classical Antiquity*, Vol. 28 N° 2 (2009), pp. 179, 194 con n. 43.

<sup>21</sup> A propósito de eso STEINWENTER (n. 2), p. 91.

*Silanianum*<sup>22</sup> - según el cual todos los esclavos de una *domus* debían ser ejecutados, ya que su señor había sido asesinado por uno de ellos - fue consultada de forma exhaustiva para un caso en el Senado en el que más de 360 esclavos debían pagar con su vida: incluso los romanos inocentes eran en ocasiones víctimas de horribles castigos, ejemplo de ello eran los soldados de una legión insubordinada elegidos al azar. Con más razón aún, decía el argumento decisivo, deben soportar tal condena los esclavos (Tac. *Ann.* 14,44,4):

<p><i>Nam et ex fuso exercitu cum decimus quisque fusti feritur, etiam strenui sortiuntur. habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum quod contra singulos utilitate publica rependitur.</i></p>	<p>Pero también en un ejército insurgente, cuando se golpea con el palo a uno de cada diez, entran igualmente en el sorteo los soldados valerosos. Todo gran escarmiento tiene algo de iniquo, pues se compensa el daño de unos pocos con el bien común.</p>
--	--

Desde esta esfera filosófico-política, la apelación a la *utilitas publica* llegó al derecho privado<sup>23</sup> con el Principado, como veremos, ya con la Lex Iulia et Papia, es decir, alrededor del cambio de era<sup>24</sup>. No debemos sacar ninguna conclusión especial del hecho de que los testimonios más importantes de la *utilitas publica* procedan de la época severiana, como hace Scevola<sup>25</sup>: la mayoría de nuestras fuentes proceden de ese periodo y la falta de testimonios preseverianos puede deberse a cualquier motivo relacionado con la transmisión de fuentes históricas. Menos comprensible es el motivo por el cual Scevola no trata la época postseveriana, a pesar de que precisamente en esta época aumenta el volumen de apelaciones a la *utilitas publica*, como observó Steinwenter<sup>26</sup>. El concepto de *utilitas publica* evoca el vínculo al bien común de la legislación<sup>27</sup>, que, sin embargo, no se debe entender empíricamente, sino como una

<sup>22</sup> DALLA, D., *Senatus consultum Silanianum* (Mailand, 1994); HARRIES, J., "The *Senatus Consultum Silanianum*: Court Decisions and Judicial Severity in the Early Roman Empire", en: Paul J. du Plessis (ed.), *New Frontiers: Law and Society in the Roman World* (Edinburgh, 2013), pp. 51-72.

<sup>23</sup> KASER, M., *Das römische Privatrecht*, Vol. 1 (2. Aufl., 1971), p. 185.

<sup>24</sup> Sobre el contenido y la datación, véase ASTOLFI, R., *La lex Iulia et Papia* (4. Aufl., Mailand, 1996); METTE-DITTMANN, A., *Die Ehegesetze des Augustus: eine Untersuchung im Rahmen der Gesellschaftspolitik des Princeps* (1991).

<sup>25</sup> En detalle en SCEVOLA (n. 3), Vol. 2, p. 7.

<sup>26</sup> STEINWENTER (n. 2), pp. 93 ss. con evidencias.

<sup>27</sup> ALBURQUERQUE (n. 2), pp. 137 ss.

«filosofía de valores» (Mayer-Maly<sup>28</sup>), en cuanto a que incluye el *honestum* del derecho natural - al menos así es en el caso de Cicerón (ver más arriba): *in hoc naturam debemus ducem sequi, communes utilitates in medium afferre ...*<sup>29</sup>. En este sentido se trata de un vínculo de derecho natural de la *res publica*, cuya formulación utilitaria conlleva que pueda ser tergiversado hasta convertirse en lo contrario, como muestra el ejemplo del *senatus consultum Silanianum*. Resumido en un concepto, se puede hablar de la «función esencialista» de la *utilitas publica*.

## II. INTERPRETACIÓN DE LA LEY

*Utilitas publica* no es solo un principio de legislación, sino que continúa en la interpretación de las leyes; por ejemplo Tryph. D. 49,15,12,3 (4 disp.):

<p><i>Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest, quamvis consentire nuptiis pater eius non posset: nam utique nec dissentire. susceptus ergo nepos in reversi captivi potestate ut avi erit suusque heres ei quodammodo invito, cum nuptiis non consenserit. non mirum, quia illius temporis condicio necessitasque faciebat et publica nuptiarum utilitas exigebat</i><sup>30</sup>.</p>	<p>El hijo que estaba bajo la potestad del que ha caído prisionero puede contraer matrimonio durante el cautiverio de su padre, pues, aunque su padre no puede dar el consentimiento para ese matrimonio, tampoco puede negarlo; por lo tanto, el nieto que nazca se hallará bajo la potestad del abuelo cuando éste vuelva del cautiverio y será su heredero necesario en cierto modo contra su voluntad, pues su abuelo no dio el consentimiento para el matrimonio; pero esto no es de admirar, pues depende de la condición del momento del cautiverio y así lo exigía la utilidad pública del matrimonio.</p>
---	--

Trifonino atribuye el derecho del hijo de familia a contraer matrimonio incluso sin el permiso paterno a las circunstancias - la necesidad no atiende a prohibiciones - y a la *publica utilitas nuptiarum*, es decir, al interés de la comunidad en que se contraigan matrimonios y procreen. El nieto nacido a consecuencia de este matrimonio no autorizado se encuentra bajo la potestad del abuelo, siempre y cuando regrese del

<sup>28</sup> MAYER-MALY (n. 10), p. 22.

<sup>29</sup> Véase también Cic. o ss. 3,31.

<sup>30</sup> SCEVOLA (n. 3) Vol. 2, pp. 47 ss.

cautiverio, y cuenta entre sus herederos, aunque sea en contra de la voluntad de este. El texto establece por tanto una excepción a una regla general a causa de la *utilitas publica nuptiarum*.

La condición privilegiada del matrimonio en la *utilitas publica* ha sido documentada en múltiples ocasiones<sup>31</sup> y se puede atribuir directamente a la Lex Iulia et Papia gracias a un texto muy especial, Marcian. D. 23,2,19 (16 inst.):

<p><i>Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare...</i></p>	<p>Según el capítulo treinta y cinco de la ley Julia, los ascendientes que hubiesen prohibido injustamente el matrimonio a los descendientes que tienen bajo su potestad, varones o mujeres, y en virtud de una constitución de los emperadores Severo y Antonino, ambos de consagrada memoria, también aquellos que no quieren constituir la [debida] dote, son compelidos por los procónsules y gobernadores de las provincias a darles estado matrimonial y constituirles la dote...</p>
---	---

Por lo tanto, los hijos de familia pueden forzar a su padre a dar su autorización para el matrimonio en base a la Lex Iulia et Papia si este la niega de forma arbitraria; la hija puede además forzar la entrega de una dote. Este complicado texto requiere una breve explicación<sup>32</sup>. Después de que fuera declarado como manipulado durante mucho tiempo utilizando los ya conocidos argumentos desarrollados ampliamente por Kaser<sup>33</sup>, los autores más recientes lo consideran auténtico. Un nuevo argumento a favor de esta posición surge de la tesis de delegificación de Mantovani: según esta tesis, Justiniano ordenó eliminar sistemáticamente las referencias a la *leges publicae* en el material del Digesto, como muestra una comparación con las relativamente abundantes citas legales en los textos no manipulados de Gayo. Justiniano se sirve de esta táctica para reforzar la

<sup>31</sup> Paul. (6 quaest). D. 23,3,70 = D. 50,17,85 pr.; Pomp. (15 ad Sab.) D. 24,3,1. A este respecto FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano* (12ª ed., Madrid, 2017 p. 263 y en detalle en STAGL, J.F., *Favor dotis: die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts* (2009), pp. 1 ss., 27 ss.

<sup>32</sup> SCEVOLA (n. 3) Vol. 2, pp. 53 ss.; en relación con esto, pormenorizadamente también en STAGL (n. 30), pp. 38 ss.

<sup>33</sup> KASER, M., *Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an den römischen Rechtsquellen* (1979), ahora en: *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (1986), pp. 112 ss.



autoridad de la compilación<sup>34</sup>. En base a esto, el recurso a la Lex Iulia et Papia supone precisamente una prueba de su autenticidad, y no de su manipulación, pues se deberían haber eliminado las referencias a *leges* en el proceso de compilación de ser esto posible. Sin embargo, ¿cuál es la relación entre estas dos fuentes del derecho aquí mencionadas? La regla planteada, según la explicación más plausible, fue establecida por la Lex Iulia et Papia y extendida a las provincias través de la *Constitutio Divorum Severi et Antonini*.

Ambos textos se pueden considerar paralelos, como también ve correctamente Scevola: ambos casos tratan sobre un padre de familia que no autoriza el matrimonio porque no puede o porque injustamente no lo desea, y en ambos casos el hijo puede sustituir dicha autorización por su propia plenitud de poderes o forzarla por la vía judicial. Un texto se remite a la *utilitas publica* para legitimar esta anomalía, el otro a la Lex Iulia et Papia. La apelación a la *utilitas publica* no ha surgido, por tanto, de la fantasía de Trifonino, sino que él trabaja más bien en «obediencia pensante»<sup>35</sup> de cara a un mandato legal expresado en la Lex Iulia et Papia que prioriza el matrimonio cuando sea posible. Por otro lado, la Lex Iulia et Papia - tal como se correspondía con la teoría del bien común de Cicerón - fue legitimada por la apelación a la *utilitas publica* por medio del discurso de Quinto Metelo Macedónico pronunciado<sup>36</sup> en el Senado, *De prole augenda* del año 131 a.C. (Gell. 1,6,2.):

<p><i>Si sine uxore possemus, Quirites, omnes ea molestia careremus; set quoniam ita natura tradidit, ut nec cum illis satis commode, nec sine illis ullo modo vivi possit, saluti perpetuae potius quam brevi voluptati consulendum est</i></p>	<p>Si pudiéramos, Quirites, vivir sin esposas, nos ahorraríamos todos los inconvenientes que ello conlleva; pero, puesto que la naturaleza ha dispuesto que con ellas la vida no sea del todo satisfactoria y que sin ellas sea imposible vivir, es preciso prestar más atención al bienestar continuo que al placer momentáneo.</p>
--	--

Es por esto indiferente si un jurista se remite a una ley derivada a partir de la *utilitas publica*, en este caso la Lex Iulia et Papia, o directamente a la *utilitas publica*, que se concretiza en este caso específico en una ley de incentivación de la procreación. Esta

<sup>34</sup> MANTOVANI, D., *Legum multitudo y derecho privado: Revisión crítica de la tesis de Giovanni Rotondi* (Valencia, 2020), en prensa. A este respecto, véase STAGL, J.F., “Die Bedeutung von *leges publicae* im Römischen Recht: Der Beitrag Mantovanis zur „*legum multitudo und Privatrecht*” und die Frage der Privatautonomie bei den Römern”, en: *ZRG RA* 133 (2016), pp. 445-458.

<sup>35</sup> Concepto famoso de HECK, Ph., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932), pp. 107 s.

<sup>36</sup> Suet. *Aug.* 89.

concretización de la *utilitas publica* en la política demográfica augusta estaba a su vez establecida en la ética comunitaria ciceroniana, la cual insistía precisamente en que el hombre debía *communes utilitates in medium afferre mutatione officiorum, dando accipiendo*, es decir, en el caso que nos ocupa: contraer matrimonio y tener descendencia.

El recurso a la *utilitas publica* permite a los juristas realizar la «interpretación teleológica» de las leyes creadas por este principio. Al mismo tiempo, el modo de pensar expresado de forma tan basta por Quinto Metelo Macedónico del *saluti perpetuae potius quam brevi voluptati consulendum est* muestra cuán profundamente arraigado está este pensamiento en las capas del Estado. Augusto podía apoyarse en ello para su legislación, lo que podría señalarse como una función legitimadora de la *utilitas publica*.

### III. CREACIÓN DE DERECHO

Papiniano define el *ius praetorium* como aquello que *quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*<sup>37</sup>. Siempre que los juristas clásicos no estuvieran en posesión de la pretura, su actividad literaria<sup>38</sup> y asesora<sup>39</sup> estaba dirigida a alcanzar dicho cargo. La declaración de Papiniano es por tanto central para aquello que distinguía<sup>40</sup> al derecho romano clásico: el gran margen de maniobra de los juristas para la creación de derecho<sup>41</sup>. Para ello deben orientarse por el mismo criterio de la *utilitas publica* que emplea la legislación, es decir, actuar como lo habría hecho el legislador en su lugar<sup>42</sup>. De ahí que no sea comprensible cómo Kaser puede afirmar: «Para el método de la creación jurídica, los clásicos no habían desarrollado aún ninguna teoría, sino que les bastaba con una técnica adecuada para sus fines»<sup>43</sup> [traducción propia]; de forma similar, Ankum habla del «pragmatismo»

<sup>37</sup> Pap. (2 def.) D. 1,1,7,1.

<sup>38</sup> BABUSIAUX, U., «*Der Kommentar als Haupttext: Zur Gattung der libri ad edictum Ulpianum*», en: D. Kästle; N. Jansen (eds.), *Kommentare in Recht und Religion* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014), pp. 1 ss.

<sup>39</sup> KASER (n. 23), Vol. 1, pp. 205, 210.

<sup>40</sup> KASER (n. 23), *ibíd.*, pp. 205, 210: «Die Fülle der Rechtsgedanken des römischen Privatrechts ist zum größten Teil Juristenrecht».

<sup>41</sup> Escapa a mi comprensión el por qué Scevola no lo trata más detenidamente.

<sup>42</sup> Como si Papiniano conociera el art. 1, párr. 2 del Código Civil suizo: «Si no se puede derivar ningún precepto de la ley, el tribunal deberá tomar una decisión basada en el derecho consuetudinario o, si no lo hubiera, según la norma que establecería como legislador» [traducción propia].

<sup>43</sup> KASER (n. 23), Vol 1., p. 212.

de los romanos, para los cuales la *utilitas (publica)* era un vehículo argumentativo<sup>44</sup>. No obstante, la orientación hacia la *utilitas publica* es, como ya hemos visto, un proceso sistemático para la creación de derecho y, por consiguiente, un método, así como la filosofía detrás de este método es una teoría. Testimonio de ello son también las *laudationes edicti* que recurren a la *utilitas publica*: Los juristas se juran en cierto modo a sí mismos que se dejarán guiar por la *utilitas publica* en la creación de derecho<sup>45</sup>.

Veamos un ejemplo de creación de derecho a partir de la *utilitas publica* Ulp. D. 26,2,10,4 (36 ad Sab):

<p><i>Servus alienus ita dari tutor potest: 'si liber erit, tutor esto'. quin immo et si pure datus sit, videtur inesse haec condicio 'cum liber erit'. potest autem quis et extraneo servo defendere ex hac causa fideicommissariam libertatem: quid enim interest, suum servum an alienum tutorem scripserit, cum pupilli favore et publicae utilitatis adsumpta libertas sit in persona eius, qui tutor scriptus est? potest igitur et huic fideicommissaria libertas defendi, si voluntas apertissime non refragetur</i><sup>46</sup>.</p>	<p>El esclavo ajeno puede ser nombrado tutor de esta forma: «si fuere libre, sea tutor». Es más, si hubiera sido nombrado pura y simplemente, se considera inherente la condición de «cuando fuere libre». Cualquiera puede defender por esta causa, incluso para el esclavo ajeno, la libertad fideicomisaria. Porque ¿qué importa que haya nombrado tutor a su esclavo o al ajeno, cuando en favor del pupilo y de la utilidad pública la persona que fue nombrada tutor en el testamento adquiere la libertad? Por lo tanto, también en favor de este puede defenderse la libertad fideicomisaria, salvo que sea evidentemente contraria la voluntad del testador.</p>
--	---

El causante puede encargar a cualquier persona, a la que puede encomendar un fideicomiso, que libere a un esclavo propio o ajeno, lo que se denomina *manumissio*

<sup>44</sup> ANKUM (n. 2), p. 3.

<sup>45</sup> Véase Ulp. (10 ad ed.) D. 3,5,1; Ulp. (9 ad ed.) D. 3,3,33,2; Ulp. (68 ad ed.) D. 43,8,2,2; Ulp. (68 ad ed.) D. 43,9,1,1; Ulp. (71 ad ed.) D. 43,23,1,7; Ulp. (56 ad ed.) D. 47,9,1,1; en general sobre su función y autenticidad, véase BABUSIAUX, U., "Zur Funktion der aequitas naturalis in Ulpian Ediktslaudationen", en: D. Mantovani; A. Schiavone (eds.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano* (Pavia, 2007), pp. 603-644.

<sup>46</sup> SCEVOLA (n. 3), Vol. 2, pp. 9 ss.

*fideicommissaria*<sup>47</sup>; se lleva a cabo a través de una serie de senadoconsultos<sup>48</sup>. El caso que nos concierne se trata de una interpretación del nombramiento como tutor legal: también se puede nombrar a un esclavo ajeno con las palabras *si liber erit, tutor esto*; si falta la condición, deberá ser suplida. Por tanto, la ausencia de la condición no supone una desventaja para el esclavo. Si uno nombra al propio esclavo como tutor legal, se debe interpretar como una liberación expresada implícitamente o como un fideicomiso de liberación expresado implícitamente<sup>49</sup>. Entonces, si se nombra tutor a un esclavo ajeno, ¿debe entenderse al mismo tiempo como una orden de *manumissio fideicommissaria*? Ulpiano justificaba su respuesta corroborativa de dos formas, primero se remite a la voluntad del causante: si uno normalmente desea liberar al esclavo propio nombrándolo tutor legal, lo mismo será aplicable a los esclavos ajenos. Esta interpretación coincide, por otra parte, con dos valores jurídicos: el interés del tutelado en tener un tutor legal (pues el esclavo no puede desempeñar este *officium* sin haber sido previamente liberado) y la *utilitas publica*. ¿A qué se refiere aquí este término? Si el mandato cae en saco roto, entonces no solo le faltará al tutelado un tutor, sino que además el esclavo no conseguirá la libertad - ambos son resultados que no obedecerían a la *utilitas publica*. El primer valor jurídico ya se ha mencionado con el *favor pupilli*, así que se trata ahora del segundo valor jurídico, el *favor libertatis*<sup>50</sup>. Esto se confirma en Val. y Gall. C. 7,4,10 pr.:

<i>Etsi non adscripta libertate testator servum suum tutorem filiis suis dederit, receptum est et libertatis et pupillorum favore, ut per fideicommissum manumisisset eum videatur</i> <sup>51</sup> .	Aunque no habiéndole concedido la libertad el testador les hubiere dado a sus hijos un esclavo suyo como tutor, se admitió que se considerara que lo manumitió por fideicomiso en favor de la
--	---

<sup>47</sup> Gai. 2,263-2,272; KASER (n. 23), Vol. 1, p. 295. D'Ors habla de *fideicommissaria libertas*, y agrega que la Iglesia, no pudiendo desconocer la existencia de la esclavitud, contribuyó a la humanización del trato que se aplicaba a los esclavos y favorecer su *manumissio*. D'ORS, A., *Derecho privado romano* (9ª ed., Pamplona, 2004), pp. 297, 409.

<sup>48</sup> Prueba de ello en KASER (n. 23), *ibíd.*, p. 295.

<sup>49</sup> Val. y Gall. C. 7,4,10 pr.; véase también I. 1,14 pr.

<sup>50</sup> Esto lo pasa por alto ANKUM, H., "Der Ausdruck favor libertatis in den Konstitutionen der römischen Kaiser", en: Th. Finkenauer (ed.), *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht* (2006), pp. 1, 3.

<sup>51</sup> Esta misma idea se encuentra también en una constitución de Justiniano, C. 6,27,5,1b: *Cum igitur invenimus a nostro iure hoc esse inductum, ut, si quis servum suum tutorem filiis suis reliquerit sine libertate, ex ipsa tutelae datione praesumatur etiam libertatem ei favore pupillorum imposuisse, quare non hoc et in hereditate et humanius et favore libertatis inducimus, ut, si quis servum suum scripserit heredem sine libertate, omnimodo civis romanus efficiatur* (a. 531)? [Así, pues, como hallamos que por nuestro derecho se introdujo, que si alguno hubiere dejado como tutor de sus hijos a su esclavo sin concederle la libertad, se presume que por la misma dación de la tutela se le concedió también la libertad en favor de los pupilos, ¿por qué no hemos de introducir

libertad y de los pupilos.
----------------------------

El *favor libertatis*, que aún está pendiente de ser estudiado en profundidad, es un principio pronunciado o establecido en múltiples ocasiones en constituciones imperiales<sup>52</sup>, según el cual en caso de duda se deberá decidir a favor de la libertad del esclavo, lo que se puede entender junto con otros alivios de la esclavitud como una patraña - según Finley<sup>53</sup> - o como una humanización magnánima y una abolición gradual de la esclavitud - según Vogt<sup>54</sup>. Pero, ¿cómo se puede clasificar el *favor libertatis* en la *utilitas publica*? Ulpiano escribe en el primer libro de su Digesto, un texto que también fue utilizado por Justiniano al principio de su Digesto, D. 1,1,4: *iure naturali omnes liberi nascerentur* [por derecho natural todos nacían libres]. Con ello surgió una tensión entre la realidad de la economía romana, que precisaba de los esclavos igual que un alto horno necesita carbón, de acuerdo con Max Weber<sup>55</sup>, y una teoría jurídica que seguramente era consciente de la igualdad - natural - entre los esclavos y los ciudadanos libres<sup>56</sup>. Esto es aplicable igualmente a la sociedad romana en general. Así, Petronio proclama a su Trimalción, un liberto (71,1): *'amici' inquit, et servi homines sunt et aequae unum lactem biberunt, etiam si illos malus fatus oppresserit* ['Amigos' - dice - los esclavos también son hombres; han mamado la misma leche, aunque hayan sido víctimas de un triste destino]. ¿Quién quería contradecir que era de interés público subsanar esta contradicción aboliendo poco a poco la esclavitud? Puede que algunos intentaran hacer lo que según Cicerón es *honestum*, otros aquello que es - solo - *utile*, siguiendo el dicho: *totidem hostes, quot servos*<sup>57</sup>.

---

esto con más humanidad y en favor de la libertad también tratándose de la herencia, de suerte que si alguno hubiere instituido como heredero a su esclavo sin otorgarle la libertad, se haga de todos modos ciudadano romano?]. A este respecto, véase ANKUM (2006), p. 9.

<sup>52</sup> Pruebas en STAGL, J.F., "Glanz der Rhetorik und Finsternis der Logik in einer Entscheidung Marc Aurels (Marcell. D. 28,4,3 pr.-1)", en: *Fundamina* Vol. 20, N° 2 (2014), pp. 871 ss.; STARACE, P., *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione: uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina* (Bari, 2006); WACKE, A., "Der Favor libertatis, Skizze eines Forschungsvorhabens", en: P. Néve; C. Coppens (eds.), *Vorträge gehalten auf dem 28. Deutschen Rechtshistorikertag in Nimwegen* (Nijmegen, 1992), pp. 21 s.

<sup>53</sup> FINLEY, M.I., *Ancient Slavery and Modern Ideology* (London, 1980).

<sup>54</sup> VOGT, J., *Sklaverei und Humanität: Studien zur Antiken Sklaverei und Ihrer Erforschung* (1983). Sobre esto a su vez, véase DEISSLER, J., "Cold Case? Die Finley-Vogt-Kontroverse aus deutscher Sicht", en: H. Heinen (ed.), *Antike Sklaverei - Rückblick und Ausblick. Neue Beiträge zur Forschungsgeschichte und zur Erschließung der archäologischen Zeugnisse* (2010), pp. 77 ss.

<sup>55</sup> WEBER, M., *Schriften 1894 - 1922*, editado por D. Kaesler (2002), p. 57.

<sup>56</sup> Evidencias de esto en STAGL, J.F., "De cómo el hombre llegó a ser persona: los orígenes de un concepto jurídico-filosófico en el Derecho romano", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 45 (2016), pp. 373 ss.

<sup>57</sup> Sen. *Epist.* 47,5: *Deinde eiusdem arrogantiae proverbium iactatur, totidem hostes esse quot servos: non habemus illos hostes sed facimus.* [Además, fruto de esa misma insolencia, se repite

La apelación a la *utilitas publica* permite no solo interpretar las leyes de la forma pertinente, sino también crear derecho (función metodológica de la *utilitas publica*). De nuevo se ve claramente la tensión existente con la noción emparentada de la razón de Estado.

#### IV. UTILITAS SINGULORUM - UTILITAS PUBLICA

Como hemos podido ver gracias a unos pocos ejemplos seleccionados, los juristas legitiman unas veces las decisiones derivadas de la Lex Iulia et Papia y otras veces su propia actividad de creación de derecho a partir de la *utilitas publica*, tal como recomendó Cicerón, practicó Augusto y juró Tiberio. *Utilitas publica* es, por consiguiente, una estrategia argumental o, expresándolo de forma algo más elevada: un método que se basa a su vez en una teoría de derecho orientada al bien común. Mientras que el emperador, como Augusto en particular, explica su política como emanación de la *utilitas publica*, los juristas lo aceptan aparentemente como la aplicación de una prerrogativa de estimación imperial.

El derecho creado de esta forma ocupa ciertamente una posición singular dentro del ordenamiento jurídico, es *ius publicum*, como escribe Ulpiano en el primer libro de sus *Institutiones* (D. 1,1,1,2):

<i>Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim</i> <sup>58</sup> .	Dos son las posiciones en este estudio: la pública y la privada. Es derecho público el relativo al estado de la república, privado el relativo a la utilidad de los particulares, pues hay cosas de utilidad pública y otras de utilidad privada.
---	---

La consecuencia significativa que se deriva de esto fue formulada por Papiniano, D. 2,14,38 (2 *quaest.*): *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest* [El derecho público no puede ser alterado por los pactos de los particulares]<sup>59</sup>. Esto se muestra por ejemplo

---

este refrán: tantos son los enemigos como esclavos hay: no les tenemos como enemigos sino que les convertimos en nuestros enemigos].

<sup>58</sup> Sobre este texto con bibliografía completa véase BLANCH NOUGUÉS, J.M. y PALOMO PINEL, C.M., “*Ius publicum y ius priuatum en la experiencia histórica del derecho un ejemplo insólito en las distinciones de Bártolo expuestas a través de esquemas*”, en: *Revista General de Derecho Romano* 18 (2012).

<sup>59</sup> También Ulp. (50 *ad ed.*) D. 50,17,45,1: *Privatorum conventio iuri publico non derogat*. A este respecto es instructivo BRINZ, A., *Lehrbuch der Pandekten* (2. Aufl., Erlangen, 1873), § 24 en su versión vigente y § 487 con n. 2.

en el carácter mayormente indispensable del derecho dotal<sup>60</sup>, una materia modificada sustancialmente por la Lex Iulia et Papia<sup>61</sup> como se expresa en Cons. 4,3 (Paulus sent. lib. I tit. de pact. et conventionibus vel transactionibus) formulado de esta manera: *Functio dotis pacto mutari non potest, quia privata conventio iuri publico nihil derogat* [La destinación de la dote no puede ser cambiada por un pacto, como un acuerdo privado no puede derogar el derecho público]<sup>62</sup>.

No todo el ordenamiento jurídico romano está compuesto alrededor de la perspectiva central de la *utilitas publica*, solo la parte calificada como *ius publicum* porque es en interés de todos y a causa de esta calificación no se puede modificar en interés de los particulares<sup>63</sup>. De esta manera surge la pregunta de qué es exactamente *ius publicum*. En virtud de los resultados obtenidos hasta ahora y los textos presentados se podría decir que es el derecho creado a partir de la *utilitas publica*, una afirmación para la que nos podemos remitir a Kaser, pues este dice en relación con la cita de la *Consultatio* indicada más arriba: «*Ius publicum y utilitas publica también coinciden aquí*»<sup>64</sup> [traducción propia].

Si se perciben de tal forma los cimientos del *ius publicum* en la *utilitas publica*, se evidencia su función organizativa: divide el derecho en una parte de derecho natural necesaria, y por tanto indispensable, y en otra simplemente contingente supeditada a la autonomía. En esta tipología funcional se puede clasificar el material restante.

---

<sup>60</sup> KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, Vol. 2 (Leipzig, 1901), p. 231. Es decir, «di quel nucleo di principî e di regole poste dall'ordinamento e formanti l'ossatura stessa dell'istituto della dote»; ARICÒ ANSELMO, G., *Ius publicum - ius privatum in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, Vol. 37 de *Annali*, Sem. giurid., Univ. di Palermo (1983), pp. 444, 525f. con n. 144.

<sup>61</sup> BIONDI, B., *Scritti giuridici*, Vol. 2 (Mailand, 1965), p. 142: «Soprattutto è da rilevare come, per effetto delle leggi di Augusto, sorge una nuova concezione dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Questi non sono regolati esclusivamente dal regime della *manus* o della convenzione, ma da una esigenza superiore: la dote interessa non soltanto la donna o la ristretta cerchia familiare, ma ha soprattutto la funzione sociale di favorire il matrimonio, tanto che i giuristi arrivano a considerare il regime dotale come un sistema giuridico di interesse pubblico, da cui discende quel *favor dotis* che giuristi ed imperatori portano a svariate ed importanti conseguenze (...) Il regime dotale si arriva a qualificare come *ius publicum* con la conseguenza della sua inderogabilità (...) una particolare inderogabilità, che si ricollega alle direttive della legislazione augustea;» [cursiva de J.F.S.]

<sup>62</sup> Sobre esto en profundidad véase STAGL (n. 30), pp. 295 ss.

<sup>63</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN *ibíd.* p. 48; KASER, M., «*Ius publicum und ius privatum*», en: *ZRG RA* 103 (1986), pp. 1, 44. Es incorrecto cuando LEPTIEN (n. 2), p. 61, afirma apelando a Tryph. D. 49,15,12,3 que la *utilitas publicae causa* no trata sobre el interés del estado o sus instituciones, sino el interés de los particulares. También ANKUM (n. 2), pp. 3 s. subraya en exceso el pragmatismo en referencia a la *utilitas*. El vínculo entre *utilitas* y *favor libertatis* observado por Ankum l.c. 30 tiene menos que ver con el pragmatismo que con el humanismo.

<sup>64</sup> KASER *ibíd.*, p. 44.

## V. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE (*NATURA*)

Como revela Antonio Fernández de Buján, existen numerosas limitaciones al derecho de la propiedad basadas en la utilidad pública<sup>65</sup>, entre ellas se encuentran también restricciones tales que se podrían interpretar como formas de protección del medio ambiente<sup>66</sup>. Y estas restricciones, por el contrario, son consideradas derecho público. Por tanto, el interés público y la protección del medio ambiente han estado interconectados desde siempre, lo que revelan especialmente los edictos en protección de los ríos<sup>67</sup>.

La protección del medio ambiente tal como la conocemos hoy en día no existía en los tiempos de los romanos, puesto que tal abstracción, tal como la que conocemos hoy en día en Occidente, existe sólo desde la Revolución Industrial<sup>68</sup>. Sin embargo, es legítimo aplicar de esta forma una categoría moderna a la Antigüedad, visto que puede existir un fenómeno sin que tenga necesariamente una denominación. Esta posición metodológica, fundamental para todo tipo de historiografía que aspire a algo más que solo reportar los hechos, fue desarrollada por Betti en una discusión con De Francisci antes de la Segunda Guerra Mundial<sup>69</sup>. Tampoco importa desde el punto de vista metodológico si los romanos sabían que estaban poniendo en práctica la protección del medio ambiente por el motivo de que, como dijo Schulz «al historiador le está permitido investigar las ideas detrás del escenario aun cuando los actores no sepan nada de ellas»<sup>70</sup>.

---

<sup>65</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN *ibíd.* pp. 338 ss.; véase también del mismo autor *Derecho público romano* (22ª ed., Madrid, 2019), pp. 290 ss.

<sup>66</sup> Fundamental para el derecho ALBURQUERQUE, J.M., “*Algunos fundamentos y convergencias de la experiencia administrativa romana sobre el medio ambiente, los recursos naturales y res publicae*”, en: *Glossae: European Journal of Legal History* 14 (2017), pp. 27-53; FISCHER, R., *Umweltschützende Bestimmungen im römischen Recht* (Augsburg Univ., Diss. 1995) y SOLIDORO, L., *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica: l'esperienza del mondo antico* (Torino, 2009).

<sup>67</sup> ALBURQUERQUE, J.M., *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público: especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae)* (Madrid, 2002), pp. 43 ss.; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., *A propósito de los bienes de dominio público en el Derecho Romano*, en: *Derecho y opinión* 3-4 (1995-1996) pp. 261-284.

<sup>68</sup> Falta todavía una historia general de la protección del medio ambiente. Sobre el siglo XVIII hay una monografía de URTEAGA, L., *Ideas medioambientales en el siglo XVIII* (Madrid, 1997). Se puede encontrar mucha bibliografía sobre aspectos especiales de este tema en la colección de ensayos de DUCEPPE-LAMARRE, F.; ENGELS, J.I. (eds.), *Umwelt und Herrschaft in der Geschichte. Environnement et pouvoir: une approche historique* (Munich, 2008); SOLIDORO (n. 67), pp. 4 ss.

<sup>69</sup> BETTI, E., “*Diritto romano e dogmatica odierna*”, en *Archivio giuridico* 99 (1928), pp. 129 ss. = *Questioni di metodo: diritto romano e dogmatica odierna*, G. Lombardi (ed.) (1997), pp. 25, 34, 75.

<sup>70</sup> SCHULZ, F., *Classical Roman Law* (Oxford, 1951), p. 16.



La garantía de la navegabilidad de los ríos y de los puertos ha sido siempre uno de los ejemplos para la protección del medio ambiente por parte de los romanos<sup>71</sup>, fenómeno al que echaremos un vistazo ahora: Marciano y Gayo declaran categóricamente que el uso de los ríos es público: D. 1,8,4,1 8 (3 *inst.*): *Sed flumina paene omnia et portus publica sunt* [Mas casi todos los ríos y los puertos son públicos] y D. 1,8,5 (2 *rer. cott.*): *Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis* [El uso de las riberas de los ríos es público por derecho de gentes, así como el del mismo río]. Como revela el texto de Gayo, lo que es público no es el objeto, en el sentido de «cosa pública» del actual derecho administrativo<sup>72</sup>, sino que más bien se trata del uso público de los ríos. Esto significa que los particulares no pueden impedirlo a otros<sup>73</sup> y que también es pública la protección jurídica otorgada por los interdictos establecidos en su favor, interdictos que “cualquier ciudadano podía solicitar al magistrado, [visto que tales edictos están] destinados a la tutela del uso colectivo de las diferentes cosas o lugares de dominio público”<sup>74</sup>, como señala Pomp. D. 43,7,1 (30 *ad Sab.*):

<p><i>Cuilibet in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium pertineat, veluti vias publicas, itinera publica: et ideo quolibet postulante de his interdicitur</i><sup>75</sup>.</p>	<p>Debe permitirse a todo el mundo el uso general de lo que es público, como las vías y los caminos públicos, y por ello se emite un interdicto a quien quiera solicitarlo.</p>
--	---

Un ejemplo de esta función de la utilidad pública de proteger el medio ambiente se encuentra en el edicto *Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit* [Para que no se haga en río público cosa alguna por la cual el agua fluya de modo distinto al que fluyó en el estío anterior]<sup>76</sup>. Explica Ulpiano este edicto de la siguiente manera en D. 43,13,1,1-2 (68 *ad ed.*):

<sup>71</sup> ALBURQUERQUE (n. 65).

<sup>72</sup> LÓPEZ RAMÓN, F., “*Teoría jurídica de las cosas públicas*”, en: *Revista de Administración Pública* 186 (2011), pp. 9-51.

<sup>73</sup> KASER (n. 23), Vol. 1, p. 380; PUGLIESE, G., “*Res publicae in usu populi e in patrimonio populi nel Corso di Gaetano Scherillo sulle cose*”, en: *Gaetano Scherillo. Atti del Convegno* (Milano, 1994), pp. 153 ss.; SOLIDORO (n. 67), pp. 103 ss.

<sup>74</sup> FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., “*Interdicta publicae utilitatis causa y acciones populares*”, en: *RGDR* 32 (2019) p. 8.

<sup>75</sup> Sobre este texto y su relación con la *utilitas publica*, véase ALBURQUERQUE (n. 71), pp. 34 ss., y el mismo (n. 67), pp. 39 ss.

<sup>76</sup> LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum* (3ª ed., Lipsa, 1929), p. 242. Sobre este edicto, véase ALBURQUERQUE, J.M., “*Expresión interdictal "ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit" (D. 43,13,1, pr)*”, en: *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña* 8 (2004), pp. 53-60 y el mismo (n. 67), pp. 291 ss.

<i>Hoc interdicto prospexit praetor, ne derivationibus minus concessis flumina exarescant<sup>77</sup> vel mutatus alveus vicinis iniuriam aliquam adferat. Pertinet autem ad flumina publica, sive navigabilia sunt sive non sunt.</i>	Con este interdicto provee el pretor para que los ríos no se desequen o para que no se mude el cauce con perjuicio para los vecinos. Afecta a los ríos públicos, sean o no navegables.
---	--

Como Paulo nos informa, los edictos sobre los ríos son expedidos en aras de la utilidad pública (...*publicae utilitatis causa competit interdictum «ut via publica uti liceat» et «flumine publico» et «ne quid fiat in via publica»...*)<sup>78</sup>. Obviamente, esto también concierne a este caso: el interdicto tiene el propósito de proteger el uso público de los ríos<sup>79</sup>.

Un poco más adelante Ulpiano conecta esta regla de la protección del medio ambiente en el interés público con la idea de la naturaleza, cuando explica por qué el edicto se fija en el periodo estival y no invernal: *quia semper certior est naturalis cursus fluminum aestate potius, quam hieme* [porque siempre es más cierto el curso natural de los ríos en estío que en invierno]<sup>80</sup>. Ulpiano deriva la protección del estado natural de las cosas de la *utilitas publica* y eso cierra el circuito: como la *utilitas publica* se deriva a su vez de la idea más general del derecho natural, no nos sorprende que de ahí surja la protección de la *natura*<sup>81</sup>.

## VI. UTILITAS PUBLICA Y IUS NATURALE

Con la última reflexión llegamos a la cuestión decisiva: ¿quién determina lo que está en el interés público? ¿Es simplemente un tópico retórico de los juristas y estadistas,

<sup>77</sup> Mo. *Exrescant*. La lectura de Mommsen no puede ser correcta, como explica FISCHER (n. 67), p. 145, n. 776, de manera convincente.

<sup>78</sup> D. 43,1,2,1 Paul. 63 *ad ed.* Sobre este texto, véase ALBURQUERQUE, J.M., “Reconocimiento pretorio y jurisprudencial de la función social de los bienes destinados al uso público -res publicae in publico usu-”, en: *Revista Digital de Derecho Administrativo* 17 (2017), pp. 141-161. En general sobre el interés público en los interdictos, véase D’ORS, A., *Derecho Privado Romano* (9ª ed., Pamplona, 1997), p. 134.

<sup>79</sup> FISCHER (n. 67), p. 145.

<sup>80</sup> D. 43.13.1.8 Ulpianus 68 *ad ed.*

<sup>81</sup> La importancia del agua para los romanos es atestiguada por Vitruvio (*De arch.* 8,1,1): *est enim maxime necessaria et ad vitam et ad delectationes et ad usum cotidianum* [El agua es imprescindible para la vida, para satisfacer las necesidades placenteras y para el uso de cada día]. Véase el resumen sobre la protección del agua de BRAVO BOSCH, M.J., “La relación del mundo romano con el medio ambiente”, en: A. Trisciunglio, G.M. Gerez Kraemer (coords.); A. Fernández de Buján (dir.) *Hacia un derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano III* (Madrid, 2016), pp. 173, 182 ss.

despojados de contenidos, para justificar sus políticas, para conseguir la aprobación describiendo lo que ellos quieren como algo útil para todos? ¿O hay contenidos de la *utilitas publica* que no son tan fácilmente intercambiables, sino más bien algo fijo, inmutable? En el primer caso, *utilitas publica* es simplemente una herramienta retórica, útil para los que la manejan, pero sin poder de convicción y, sobre todo, sin valor científico para los que adivinan el ardid; en el segundo caso, *utilitas publica* es la denominación de algo objetivo. Cabe añadir que en el primer caso es obra de los hombres, en el segundo caso está fuera del alcance de los hombres<sup>82</sup>.

La respuesta está en un texto famosísimo de Papiniano D. 1,1,7,1 (2 *def.*):

<i>Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam.</i>	Es derecho pretorio el que por utilidad pública introdujeron los pretores con el propósito de corroborar, suplir o corregir el derecho civil.
--	---

Apenas es necesario mencionar que esta actividad creadora del pretor se orienta a la *utilitas publica*. Sin embargo para nuestros fines es menester ahora conectar esta directiva de la producción jurídica del pretor con el concepto de *ius naturale*. Y lograremos esta conexión gracias a las llamadas «alabanzas del edicto»<sup>83</sup>. Veamos algunos ejemplos:

Ulp. D. 2,14,1 (4 *Ad ed.*):

<i>Huius Edicti [de pactis] aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?</i>	Es natural la equidad de este Edicto. Porque, ¿qué otra cosa hay tan conforme con la fe humana como que los hombres cumplan lo que pactaron entre ellos?
--	--

Ulpiano enfatiza la «equidad natural» de la demandabilidad del cumplimiento de los pactos, visto que uno debe - naturalmente - cumplir con la palabra dada. Lo contrario, si recordamos a Cicerón, no sería en el interés público, ya que no puede existir una sociedad sin buena fe recíproca.

<sup>82</sup> Hay una discusión muy similar respecto a la *aequitas*, concepto íntimamente relacionado con el derecho natural; véase STAGL, J.F., “Die Ausgleichung von Vorteil und Nachteil als Inhalt klassischer *aequitas*”, en: D. Mantovani; A. Schiavone (eds.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano* (IUSS Press, Pavia, 2007), pp. 675 ss.

<sup>83</sup> BABUSIAUX, U., “Zur Funktion der *aequitas naturalis* in Ulpian's Ediktslaudationen”, en: D. Mantovani; A. Schiavone (eds.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano* (IUSS Press, Pavia, 2007), pp. 603 ss.; MANTOVANI, D., *Les juristes écrivains de la Rome antique: Les œuvres des juristes comme littérature* (Paris, 2018), pp. 169 s.

Ulp. D. 4,4,1 pr. (11 Ad ed.):

<i>Hoc Edictum [de minoribus viginti quinque annis] Praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit; nam quum inter omnes constet, fragile esse et infirmum huiusmodi aetatum consilium, et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum [...].</i>	Siguiendo el Pretor la equidad natural propuso este Edicto [sobre los menores de 25 años], en el que tomó a su cargo la protección de los menores; porque a todos nos consta que el juicio de los de esta edad es frágil y débil y que está sujeto a muchos engaños, y expuesto a las asechanzas de muchos [...].
--	---

La estructura argumentativa es casi idéntica a la del fragmento anterior. Una sociedad que permite defraudar a los menores destruye su tejido social, lo que no puede ser en el interés público.

Ulp. D. 13,5,1 pr. (27 ad ed.):

<i>Hoc Edicto Praetor favet naturali aequitati, qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere.</i>	Favorece el Pretor por este Edicto a la equidad natural, al salvaguardar los plazos de común acuerdo constituidos, porque es grave faltar a la confianza.
---	---

«Constituir» en este contexto significa que las partes del contrato fijan, en el interés del deudor, un nuevo plazo para la prestación<sup>84</sup>. El edicto en cuestión establece que tal acuerdo es válido. El razonamiento es igual al anteriormente visto sobre los pactos. Existen estructuras argumentativas similares a propósito de la *bonorum possessio contra tabulas*<sup>85</sup>, la revocación del *precarium*<sup>86</sup> y la *exceptio doli mali*<sup>87</sup>.

Si recordamos a Cicerón en *De officiis* 1, 22, *naturam debemus ducem sequi, communes utilitates in medium afferre*, estas palabras nos parecen el patrón de la actividad de los juristas: establecer la equidad<sup>88</sup> significaba estar en armonía con la creación y al mismo tiempo cumplir con el deber cívico de promover la *utilitas publica*. No está, entonces, concebido como algo subjetivo, deliberadamente cambiabile, sino como algo objetivo, un mandamiento que los hombres deben cumplir. En última instancia el *ius*

<sup>84</sup> KASER (n. 23), Vol. 1, pp. 583 s.

<sup>85</sup> Ulp. *Ad ed.* D. 37,5,1.

<sup>86</sup> Ulp. *Inst. / ad ed.* D. 43,26,1.

<sup>87</sup> Paul. *Ad ed.* D. 44,4,1

<sup>88</sup> Detalladamente STAGL (n. 82), pp. 675-713.

*naturale* engendra la *utilitas publica* y las reglas de la protección de la *natura* son una concretización de esta. Por tanto, la protección del medio ambiente, de acuerdo con la concepción de los juristas romanos, es un precepto del derecho natural<sup>89</sup>.

Que los romanos tenían perfectamente conciencia de la naturaleza lo demuestra el proemio de Plinio el Viejo al libro XVIII de su *Naturalis historia* (1,3):

<i>nos et sagittas unguimus ac ferro ipsi nocentius aliquid damus, nos et flumina inficimus et rerum naturae elementa, ipsumque quo vivitur in perniciem vertimus.</i>	En cuanto a nosotros, incluso envenenamos nuestras flechas y añadimos algo nocivo al hierro mismo, nosotros percutimos incluso los ríos y las sustancias elementales de la naturaleza y llevamos los medios de vida a la perdición <sup>90</sup> .
--	--

---

<sup>89</sup> URBANIK, J., "On the uselessness of it all: the Roman law of marriage and modern times", en: *Fundamina* 20 (2014), pp. 937 ss.; WALDSTEIN, W., *Aequitas e summum ius*, en: el mismo, *Saggi sul diritto non scritto* (Padova, 2002), pp. 133, 156, 160 ss.; el mismo, *Teoria generale del diritto* (Roma, 2001), p. 101; el mismo, "Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen", en: *ANRW II/15* (Berlin-New York, 1976), pp. 3, 89 ss.

<sup>90</sup> Sobre el texto SOLIDORO (n. 67) pp. 144 ss.