

ACTAS DEL VII CONGRESO DE PRINCIPIOS GENERALES Y DERECHO ROMANO

➤ 2020

Mirta Beatriz Álvarez
Agustín Andrich
Rosa Luz Casen
Nazarena Castresana
Viviana Elisabet Céspedes
Julieta Dalin
Marisa T. Domínguez
Susana Isabel Estrada
Anabella Facciuto Kaed
Juan. B. Fernández
María Cristina Filippi
Yamila Fuentes Francis
Edgardo García Chiple
Juan Carlos Ghirardi
Germán Giarrocco
Ricardo Ginés García
Elvira Méndez Chang
Lourdes María Llorvandi
Rodrigo López
Luis Aníbal Maggio

Gastón L. Medina
Laura L. Micieli
Marilina Andrea Miceli
José María Monzón
Patricia Silvina Mora
Noelia Morchio
Gabriela Victoria Morel
Grecia Sofía Munive García
Carla Pedrón
Norberto Darío Rinaldi
Julieta Salomé Rodríguez
Luis Rodríguez Ennes
Laura Salomón
Lorena Sánchez
Mariana Verónica Sconda
Giselle Trupia Verón
Adrián Gustavo Vedia
Eduardo Villafaña Molina
Mónica Villagra

ACTAS DEL VII CONGRESO DE PRINCIPIOS GENERALES Y DERECHO ROMANO

» 2020



Mirta Beatriz Álvarez
Agustín Andrich
Rosa Luz Casen
Nazarena Castresana
Viviana Elisabet Céspedes
Julieta Dalin
Marisa T. Domínguez
Susana Isabel Estrada
Anabella Facciuto Kaed
Juan. B. Fernández
María Cristina Filippi
Yamila Fuentes Francis
Edgardo García Chiple
Juan Carlos Ghirardi
Germán Giarrocco
Ricardo Ginés García
Elvira Méndez Chang
Lourdes María Llorvandi
Rodrigo López
Luis Aníbal Maggio

Gastón L. Medina
Laura L. Micieli
Marilina Andrea Miceli
José María Monzón
Patricia Silvina Mora
Noelia Morchio
Gabriela Victoria Morel
Grecia Sofía Munive García
Carla Pedrón
Norberto Darío Rinaldi
Julieta Salomé Rodríguez
Luis Rodríguez Ennes
Laura Salomón
Lorena Sánchez
Mariana Verónica Sconda
Giselle Trupia Verón
Adrián Gustavo Vedia
Eduardo Villafaña Molina
Mónica Villagra

Universidad de Flores

Rectora

Arq. Ruth Fische

Facultad de Derecho

Decana

Dra. Cecilia Garau

Director de la carrera de Abogacía

Dr. Juan Carlos Carretero

2021.- 489 pág.; 15 x 23 cm.

ISBN: 978-987-710-114-0

Diseño de portada: María Cecilia Kowalewicz

Maquetación: María Cecilia Kowalewicz

© Editorial de la Universidad de Flores, 2021

Octubre de 2021.

La reproducción total o parcial de este libro, en cualquier forma que sea, idéntica o modificada, no autorizada por los editores, viola derechos reservados; cualquier utilización debe ser previamente solicitada.

Alvarez, Mirta

Actas de VII Congreso de Principios Generales y Derecho Romano / Mirta Alvarez ; Norberto Darío Rinaldi. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad de Flores, 2021.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga

ISBN 978-987-710-114-0

1. Derecho Romano. I. Rinaldi, Norberto Darío. II. Título.

CDD 340.54

Índice

Prólogo	19
----------------------	----

Norberto Darío Rinaldi

Crónica del VII Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano	11
---	----

Mirta Beatriz Álvarez

Conferencias

La libertad de los seres humanos como principio general del derecho	14
--	----

Juan Carlos Ghirardi

<i>Hostis</i>: de extranjero a enemigo en el derecho romano	34
--	----

Elvira Méndez Chang

Un breve recorrido por algunas peculiaridades histórico-constitucionales de Inglaterra	66
---	----

Luis Rodríguez Ennes

Ponencias

El principio del <i>favor debilis</i> y el vicio de lesión	81
---	-----------

Mirta Beatriz Álvarez

El sistema de valoración de la prueba en el procedimiento formulario, en el proceso extraordinario y en el CCCN	102
--	------------

Rosa Luz Casen

¿Funcionarios públicos en Roma? ¿Y en la actualidad? Características y requisitos. Comparación entre la República romana y la República Argentina	119
--	------------

Nazarena Castresana y Lourdes María Llorvandi

El principio <i>alterum non laedere</i>. Desafíos éticos y jurídicos en la búsqueda de una vacuna	142
--	------------

Susana Isabel Estrada

La virtualización de la enseñanza del derecho romano en las universidades Nacional y Católica de Córdoba durante la pandemia del COVID-19	170
--	------------

María Cristina Filippi y Agustín Andrich

Algunos antecedentes de la “ausencia con presunción de fallecimiento” en el derecho romano	182
---	------------

Anabella Facciuto Kaed

Aproximación a las pestes en Roma antigua. Una mirada sobre su impacto	193
Edgardo García Chiple, Marisa T. Domínguez, Juan. B. Fernández y Laura Salomón (autores); Eduardo Villafañe Molina, Lorena Sánchez, Carla Pedrón, Julieta Dalin y Rodrigo López (adscriptos)	
La injuria y el honor. Su situación en el derecho romano y el panorama en el derecho argentino actual	222
Germán Giarrocco	
Todo derecho ha sido creado por causa de los hombres	233
Ricardo Ginés García	
Acerca de las promesas (el ser que puede prometer)	240
Luis Aníbal Maggio	
Evolución de la idea de culpa: del Digesto 9.2 a la responsabilidad de los profesionales liberales en el Código Civil y Comercial de la Nación	261
Gastón L. Medina	
Pandemia y derecho: de la <i>pietas</i> al principio de solidaridad	270
Marilina Andrea Miceli	
Los contratos romanos modernos de carácter real, de Roma a la actualidad. Buena fe y <i>bona fides</i>	283
Marilina Andrea Miceli y Viviana Elisabet Céspedes	

El principio de libre circulación: antecedentes romanísticos. ¿Situaciones de excepción?	300
---	-----

Laura L. Micieli, Adrián Gustavo Vedia y Yamila Fuentes Francis

¿Qué se enseña cuando se enseña derecho romano? Una reflexión para romanistas desanimados	313
--	-----

José María Monzón

El principio de división de poderes: antecedentes romanísticos	341
---	-----

Patricia Silvina Mora

El divorcio en la época de Justiniano: comparativo con las leyes 14.394 y 23.515 y la legislación actual	360
---	-----

Noelia Morchio y Giselle Trupia Verón

La defensa de los derechos sobre bienes y cosas: la acción reivindicatoria	373
---	-----

Gabriela Victoria Morel

Importancia del <i>status libertatis</i> en la Antigüedad romana	384
---	-----

Grecia Sofía Munive García

Tratamiento de los adultos mayores en el derecho actual: un caso judicial en tiempos de pandemia. Semblanza con la vejez en Roma	400
---	-----

Julieta Salomé Rodríguez

**El origen de la vivienda familiar
en el derecho romano. Antecedentes
legislativos y recepción en el Código Civil
y Comercial de la Nación 417**

Mariana Verónica Sconda

***Ubi dolor ibi vigiles: la lucha
por el control del fuego desde la Antigüedad
y el deber de prevención del daño 456***

Mónica Villagra

Prólogo

Por Norberto Darío Rinaldi

Como es de público conocimiento, el año 2020 estuvo azotado en todo el mundo por la pandemia producida por el virus COVID-19. Nuestro país, obviamente, no escapó a las trágicas consecuencias de esa cruel enfermedad que provocó la suspensión de reuniones en lugares cerrados.

Los Congresos de Derecho Romano, organizados anualmente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se realizaron siempre en forma presencial y permitían, además de asistir a escuchar las distintas conferencias y ponencias, disfrutar del encuentro con colegas de las distintas provincias argentinas, Latinoamérica y Europa que presentaban sus trabajos y participaban de los entretenidos debates que derivaban muchas veces en discusiones que enriquecían las conclusiones finales de cada ponencia.

Las especiales circunstancias epidemiológicas apuntadas más arriba obligaron a suspender la asistencia personal de los participantes, pero no así la labor académica que se evidencia en las siguientes páginas de estas actas. Fue así entonces que merced a la aplicación de modernas tecnologías se pudo concretar el VII Congreso de Derecho Principios Generales y Derecho Romano con una participación que superó largamente las mejores expectativas.

Se presentaron más de veinte ponencias, algunas de ellas fruto del trabajo en equipo de varios profesores, y se siguieron atentamente las conferencias

programadas que estuvieron a cargo del presidente de ADRA, Prof. Dr. Juan Carlos Ghirardi, sobre “La libertad de los seres humanos como principio general del derecho”, del Prof. Dr. Emiliano Buis sobre “La peste, la norma y el Imperio: epidemias, contagios literarios y reacciones jurídicas en el mundo grecorromano” –texto con el que lamentablemente no contaremos en esta compilación, ya que el autor no pudo concluirlo a tiempo por numerosos compromisos académicos– y la Prof. Dra. Elvira Méndez Chang sobre “*Hostis*, de extranjero a enemigo en el derecho romano”. El profesor español Dr. Luis Rodríguez Ennes, que no pudo leer su trabajo por dificultades técnicas, hizo llegar con posterioridad el texto que obviamente también prestigia esta edición sobre “Un breve recorrido por algunas de las peculiaridades histórico-constitucionales de Inglaterra”.

Las ponencias presentadas y discutidas con entusiasmo desde sus pantallas por los numerosos profesores participantes, trataron sobre los más diversos temas del derecho romano y los principios generales del derecho. Algunos de ellos se refirieron a cuestiones de actualidad como la manera de enseñar la materia en forma virtual, otros se refirieron a análisis precisos y documentados de temas puntuales del Digesto. Hubo ponencias sobre aspectos referidos al derecho privado, al derecho procesal, al derecho penal, al derecho constitucional, a la enseñanza del derecho y a las pestes y su tratamiento en Roma.

Casi todas las ponencias fueron objeto de comparación con el derecho actual, reafirmando los orígenes romanos del derecho privado y público del siglo XXI con la experiencia histórica del derecho consagrado y resumido por Justiniano.

La presente obra, realizada en soporte digital, habrá de servir, seguramente, para seguir difundiendo la labor esforzada, rigurosa y llena de notables aciertos no solo de los más prestigiosos romanistas e iusfilósofos actuales, sino que da lugar a la aparición de una pléyade de jóvenes y entusiastas profesores que son la savia nueva que alimentará y rejuvenecerá el viejo tronco del derecho.

Crónica del VII Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano

Por Mirta Beatriz Álvarez

Los días 30 y 31 de octubre de 2020 se celebró de manera totalmente virtual, en razón de la pandemia del COVID-19, el VII Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano, organizado por la Facultad de Derecho de UFLO Universidad y el Instituto de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina “Dr. Ángel Lapieza Elli”.

A continuación de la ceremonia de apertura iba a tener lugar la conferencia del Prof. Luis Rodríguez Ennes, de la Universidad de Vigo (España), y Doctor Honoris Causa de UFLO Universidad, sobre el tema “Un breve recorrido por algunas de las peculiaridades histórico-constitucionales de Inglaterra”. Lamentablemente, debido a la mala conexión en su residencia rural, no pudo dictarla, pero nos hizo llegar el texto para su publicación en las Actas del Congreso.

Como cierre de la primera jornada, el Dr. Juan Carlos Ghirardi, de la Universidad Nacional de Córdoba y presidente de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA), disertó sobre el tema “La libertad de los seres humanos como principio general del derecho”.

La segunda jornada comenzó con la conferencia del Dr. Emiliano Buis (UBA, CONICET, UNICEN) sobre el tema “La peste, la norma y el Imperio: epidemias, contagios literarios y reacciones jurídicas en el mundo grecorromano”.

La segunda conferencia de la jornada del sábado estuvo a cargo de la Prof. Elvira Méndez Chang, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, sobre el tema “*Hostis*: de extranjero a enemigo en el derecho romano”.

Se expusieron y debatieron veintiocho ponencias de altísimo nivel, presentadas por profesores de distintas áreas del derecho (romanistas, historiadores, de filosofía y de teoría del derecho) provenientes de distintos puntos de nuestro país, de Chile y de México.

La asistencia fue muy numerosa, tanto de profesores como de alumnos. Hubo más de 115 inscriptos, y durante todo el desarrollo del Congreso el promedio de conectados fue de entre 75 a 80 participantes, con picos que superaron los 95 conectados.

Asistieron profesores de las siguientes universidades del país: UFLO, UBA, del Salvador, Kennedy, UAI, UCA, de Morón, UCES, Nacional de La Matanza, Nacional de José C. Paz, de San Isidro, de Belgrano, Nacional del Centro (UNICEN), de San Andrés, Nacional de Córdoba, Católica de Córdoba, Nacional de Tucumán, Nacional de La Rioja, Nacional de La Plata, Nacional de Lomas de Zamora, Católica de La Plata, Católica de Santiago del Estero, Católica de Salta, Nacional de Cuyo, Nacional del Comahue, Nacional del Sud, Nacional de Entre Ríos, Nacional de Catamarca, Nacional de Mar del Plata, Universidad del Este y Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino. También participaron profesores de la Universidad de La Coruña, de la Universidad de Oviedo, de la Universidad Católica de Temuco (Chile), de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Universidad de la República (Uruguay).

Estuvieron presentes el presidente y el vicepresidente actuales y cinco presidentes eméritos de la ADRA, el director del Instituto de Derecho Romano del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, el ex director y

el secretario del Instituto de Derecho Romano del Colegio de Abogados de La Plata y el director del Instituto de Derecho Romano y Cultura Clásica de esa ciudad.

El Comité Académico estuvo integrado por el Dr. José Carlos Costa (UBA, USAL, Universidad de Belgrano), Susana Isabel Estrada (Universidad Nacional de Tucumán y Católica de Santiago del Estero), Cristina Filippi (Universidad Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba), Haroldo Gavernet (Universidad Católica de La Plata), Héctor Lázzaro (Universidad Nacional de La Plata), Luis Aníbal Maggio (UCES, Universidad de Morón), Laura Liliana Micieli (Universidad Nacional de La Rioja), Néstor Alberto Raymundo (UCA, Universidad Nacional de Lomas de Zamora), Claudia Alicia Rezek (Universidad Nacional de Lomas de Zamora) y Susana Rocandio (Universidad Nacional de Cuyo).

El comité organizador estuvo integrado por las profesoras Mirta Beatriz Álvarez, Mariana Verónica Sconda y Giselle Trupia Verón (UFLO) y el Prof. Norberto Darío Rinaldi (Instituto de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina “Dr. Ángel Lapieza Elli”).

Se recibieron adhesiones y declaraciones de interés académico, así como designaciones de representación de las universidades Nacional de Lomas de Zamora y Católica de Santiago del Estero.

Durante el transcurso del Congreso se presentó el libro de las Actas del VI Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano 2019, en formato electrónico.

La coordinación general del evento estuvo a cargo de la Prof. Mirta Beatriz Álvarez.

La libertad de los seres humanos como principio general del derecho

Por Juan Carlos Ghirardi¹

I. Aclaración preliminar

Voy a abordar en el presente trabajo la cuestión relativa a si la libertad de todos los hombres es un principio general del derecho, sin detenerme ni profundizar en temas o consideraciones filosóficas, lo cual sin duda llevaría gran cantidad de páginas y aun así, seguramente quedaría incompleto. Simplemente encaré esta temática para que sirviera como base de una conferencia que fui invitado a dictar en el Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano, evento de impronta romanista que anualmente organiza UFLO Universidad. De allí que haya pretendido meramente preguntarme, trasladando al eventual auditorio la inquietud, de si buscar la concreción de la libertad para la totalidad de los seres humanos fue una de las metas del derecho romano –cuestión que, desde ya, respondo negativamente– y si ahora lo es del derecho actual. Solamente en este último caso podríamos hablar de un “principio general”.

¹ Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Romano de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Categoría I.

Voy a sentar aquí mi hipótesis de trabajo. Entiendo que ni en Roma, ni en las culturas anteriores ni en las posteriores la libertad de los seres humanos, ya fuere considerada individualmente o socialmente, fue un valor fundamental de tal importancia como para considerarlo un principio general del derecho, dado que existían tanto los esclavos como las colonias. Formalmente las ideas comienzan a cambiar después de la revolución francesa, y este cambio se plasma a lo largo de todo el siglo XIX, lo que trae aparejada, por un lado, la abolición de la esclavitud de los seres humanos individuales y, por otro, el fin del colonialismo.

Analizando las cosas sin profundizar demasiado podríamos sostener que la libertad, tanto de los seres humanos individuales como de las naciones, hoy constituye un principio general del derecho pero, ¿será realmente así? Tengo mis dudas y, para develarlas, hagamos una breve recorrida a través de la historia de la humanidad.

A esta altura es menester aclarar que voy a ocuparme de la libertad considerándola en sentido amplio pero dentro del campo de lo jurídico, entendida como la capacidad humana de obrar según la propia voluntad. Como se advierte, me aparto aquí de toda consideración filosófica, psicológica o sociológica, conforme las cuales se podría afirmar que la libertad es inherente a toda la humanidad; un dato fundamental originario de la existencia humana, fundamentado en la autoconciencia y la responsabilidad moral. Con arreglo a lo cual entonces ningún individuo podría remitir su propia libertad, ni tampoco ningún otro podría privar de la suya a un semejante. Desde este punto de vista la libertad de pensamiento es y fue siempre universal, al igual que la de los sentimientos. Por más que alguien esté cargado de cadenas nadie puede impedirle pensar en lo que le plazca, incluso soñar que es libre, u odiar o perdonar al que lo esclavizó.

Tampoco voy a ocuparme del libre albedrío, conforme al cual todos los hombres son libres para decidir sobre sus conductas, lo que implica que la libertad se sitúa en la interioridad de cada persona, y por ende resulta presupuesto esencial para que un acto sea moralmente imputable. Por cierto, esto es válido para las doctrinas religiosas y filosóficas que creen en su existencia (no sería el caso, por ejemplo, de las que adoptan el principio de la predestinación).

La libertad como desaparición de opresión significa no querer subyugar

ni ser subyugado, e implica el fin de un estado de servidumbre. El logro de esta forma de la libertad depende de una combinación de la resistencia del individuo (o grupo) y su entorno. Las leyes humanas limitan esta forma de libertad. Por ejemplo, nadie puede librarse de ser representado por políticos dentro de una nación (aunque podamos, o no, ser libres para intentarlo). Las leyes naturales, como las leyes físicas o la ley de la gravedad, son también un fundamento importante para determinar los límites de la libertad de todos los seres vivos existentes en el universo. Pero tampoco me ocupo de estas cuestiones en el presente trabajo.

Pero a todo esto, ¿de qué libertad hablo entonces? Sobre este tema me ocupo a continuación.

II. Significado de la palabra libertad

Dije en el apartado anterior que iba a ocuparme de la libertad únicamente en sentido jurídico, pero ahora voy a restringir aún más el alcance del concepto, porque aquello que me interesa abordar no es la libertad para realizar actos particulares, considerada como elemento esencial para que exista una voluntad expresada válidamente, la cual es excluida por la existencia de vicios como el error, el dolo y la violencia. Tampoco aludo a la posibilidad que cada ser humano tiene de optar, de tomar decisiones, inclusive de cometer delitos, cosa que entra en el campo del libre albedrío.

De lo que voy a hablar es de la libertad en sentido amplio, como un derecho de todo ser humano, esa palabra que en latín era *libertas/libertatis*, de igual significado. En esta acepción el sustantivo que se contrapone a libertad, su antónimo diríamos, sería esclavitud. Repasemos el significado de esas palabras.

Conforme el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*,² la voz libertad tiene varias acepciones que son las siguientes: “1) Facultad na-

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1970). *Diccionario de la Lengua Española*. 19ª edición. Madrid: RAE.

tural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos; 2) Estado o condición del que no es esclavo; 3) Estado del que no está preso; 4) Falta de sujeción y subordinación; 5) Facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas, de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres; 6) Prerrogativa, privilegio, licencia; 7) Condición de las personas no obligadas por su estado al cumplimiento de ciertos deberes; 8) Desenfrenada contravención a las leyes y buenas costumbres; 9) Licencia u osada familiaridad; 10) Exención de etiquetas; 11) Desembarazo, franqueza, despejo; 12) Facilidad, soltura, disposición natural para hacer una cosa con destreza”.

Por su parte el mismo *Diccionario* define esclavitud como: “1) Estado de esclavo; 2) Hermandad o congregación en que se alistan y concurren varias personas a ejercitarse; 3) Sujeción rigurosa y fuerte a las pasiones y afectos del alma; 4) Sujeción excesiva por la cual se ve sometida una persona a otra, o a un trabajo u obligación”.

Pero hallamos conceptos más precisos cuando vamos a la voz esclavo (del latín *sclavus*): “1) Dícese del hombre o la mujer que por estar bajo el dominio de otro carece de libertad; 2) Sometido rigurosamente o fuertemente a deber, pasión, afecto, vicio, etc. que priva de libertad; 3) Rendido, obediente, enamorado; 4) Persona alistada en alguna cofradía de esclavitud. 5) Pulsera sin adornos y que no se abre”. La primera de las acepciones es la que nos interesa porque aparece utilizada como lo opuesto a la libertad.

Vayamos ahora a las voces inglesas *freedom* (libertad) y *slavery* (esclavitud). En relación a la primera, el *Diccionario Webster de la Enciclopedia Británica*³ la define como “la calidad o el estado de ser libre” (*the quality or state of being free*), lo que más abajo se amplía expresándose que consiste en la cualidad o estado de no encontrarse coercido o constreñido por el destino, necesidad o circunstancias a realizar una elección o acción.

Es por su parte la *Enciclopedia Británica*⁴ la que define esclavitud como

³ ENCYCLOPEDIA BRITANNICA INC. (1993). *Webster's Third New International Dictionary*. Chicago: Philippines Copyright by Merriam-Webster, Incorporated.

⁴ ENCYCLOPEDIA BRITANNICA INC. (1995). *The New Encyclopedia Britannica*. 15ª edición. Chicago.

“la condición conforme la cual un ser humano es propiedad de otro” (*condition in which one human being is owned by another*). A continuación, la obra explica que los esclavos fueron considerados como propiedad de otro y privados de la mayoría de los derechos comunes a las demás personas. Existió en diversas formas a través de la historia de que tenemos noticia y se llegaba a esa condición mediante numerosas maneras, la mayor parte de ella involuntarias: cautiverio de guerra, secuestro o cacería de esclavos, castigo para actos criminales, no pago de deudas o directamente por venta hecha por el padre, guardián o jefe. Los hijos de los esclavos solían serlo también desde el nacimiento, aunque no en todos los casos. Se salía de la esclavitud usualmente mediante la manumisión, aunque a partir del siglo XIX varias naciones occidentales proclamaron unilateralmente libres a los esclavos que habitaban en ellas.

Hechas estas precisiones lingüísticas estoy ahora en condiciones de analizar la evolución de la institución de la esclavitud, en la inteligencia que, mientras ella exista y sea legalmente admitida, el de libertad no será un principio general del derecho.

III. La esclavitud en los tiempos primitivos

El origen de la esclavitud se pierde en la noche de los tiempos, lo que excluye que en la Antigüedad la libertad haya sido un principio general del derecho, si es que en las épocas prerromanas y sobre todo en los primeros años de existencia de la humanidad fuese posible hablar en propiedad de un “derecho”, separado de la religión.

Ahora bien, no es tan antigua como el ser humano. Nació sin duda a raíz de las luchas y conflictos entre un clan y otro cuando, en algún momento, el vencedor resolvió que en lugar de matar a su adversario le resultaba más útil esclavizarlo y hacerlo trabajar en su beneficio. De este modo, y aunque ello diste muchísimo del concepto que tenemos de ella hoy, la esclavitud fue en sus orígenes una institución humanitaria. El vencido, aunque pierde la libertad, conserva la vida y con ella la esperanza de volver a ser libre alguna vez.

Poco conocemos con certeza de los tiempos prehistóricos, de modo que voy a pasar revista a algunas civilizaciones prerromanas, aclarando que todas admitieron la esclavitud. Al respecto diré que los primeros escritos en los que se tiene constancia de la presencia de esclavos en una gran civilización se remontan a la época mesopotámica, concretamente en Sumeria, aunque la información al respecto es muy limitada.

En el Antiguo Egipto, por su parte, la existencia de un número de esclavos suficiente como para tener cierta importancia social se dio solamente en algunos períodos, especialmente en el Imperio Nuevo. La causa fundamental de la caída en situación de esclavitud debe ser buscada en las guerras de conquista, como las llevadas a cabo en Nubia y Punt, aunque no existía una regulación jurídica específica relativa a los esclavos. También eran recogidos por los traficantes de siervos los niños abandonados, por ejemplo, en la puerta de las casas cuando el padre, entendiendo como tal al jefe de familia, no quería reconocer su paternidad. Un hombre libre también podía convertirse en esclavo para tener que pagar con la pérdida de su libertad una multa, una deuda, o por haber cometido algún delito.

Conforme algunos historiadores opinan, se los hacía trabajar y duramente, tanto que, según una creencia extendida, fueron los siervos quienes construyeron las pirámides, titánica labor que habría sido debida sobre todo a los esclavos hebreos. También hubo numerosos ejemplos de prisioneros, o condenados, que trabajaban hasta la muerte en las minas de cobre de la península del Sinaí.

Al igual que en otras sociedades, había una gran variedad de esclavos y también una diferenciación en el estatus de los mismos según las labores que desempeñaran y el rango social de sus dueños. Pero nos queda sin responder cabalmente las preguntas en relación a la esclavitud en el Antiguo Egipto: ¿qué es un esclavo? y ¿qué es un prisionero de guerra o condenado reducido a la servidumbre? Ello porque en muchas ocasiones las traducciones epigráficas suelen traducir un término como esclavo a efectos de facilitar la lectura de aquello que es narrado. El problema específicamente con el Antiguo Egipto se da debido a lo extenso de su historia y a aquellas categorías de pensamiento que aplicamos a cada cosa según su época. ¿Podemos hablar de esclavitud en estos tiempos de la misma forma que en el período grecorromano? Probablemente no. En el Egipto faraónico la idea

de esclavo como una “no persona” no es asimilable a la que profesaba el mundo grecolatino.

Resulta interesante señalar que la desgracia de caer en servidumbre en el Antiguo Egipto aparece mencionada en la Biblia,⁵ donde se narra como José, el hijo de Jacob, fue vendido como esclavo a raíz de haber resultado prisionero de los egipcios,⁶ pero luego ascendió hasta ocupar un alto rango en la corte faraónica. Más tarde, en el Libro del Éxodo se cuenta cómo los hebreos que habitaban Egipto fueron reducidos a la servidumbre.⁷

La esclavitud como práctica social y económica fue también usual en la antigüedad griega, que junto con la romana pueden ser consideradas como las primeras sociedades esclavistas, al estar sustentada su base económica por este sistema. El estatus social y el papel de los esclavos eran considerados inferiores, sin valor o inexistente en relación a una persona libre. La sociedad griega tenía fundamentada filosóficamente la esclavitud que, para Aristóteles,⁸ constituía la garantía indispensable para que los hombres libres pudieran dedicar su tiempo a la política y al buen gobierno de la ciudad.

Los esclavos en Atenas tenían alguna oportunidad de liberarse, aunque fuera muy costoso. La ley les otorgaba cierta protección y aunque podían ser golpeados, ciertas restricciones morales y culturales impedían un uso excesivo de violencia por parte de los propietarios. La situación era diferente con los *ilotas* de Laconia, los *clarotas* de Creta, los *penestas* de Tesalia y los *gimnetas* de Argos, cuya condición era más parecida a la de los siervos medievales de la Gleba. Debían trabajar la tierra a la que estaban adscritos, heredaban la condición de sus padres y no podían ser vendidos.

Obviamente entonces, en esta época, no podemos decir que la libertad de todos los seres humanos haya sido un principio general del derecho.

⁵ Utilizo el texto de la XXV edición de Ediciones Paulinas Verbo Divino para Latinoamérica.

⁶ Génesis 39.

⁷ Éxodo 1.

⁸ ARISTÓTELES (1964). *Obras Completas*. Madrid: Editorial Aguilar.

IV. La esclavitud en Roma

Tampoco lo fue en Roma ya que, como se expuso en el apartado anterior, la esclavitud era considerada una institución común a todos los pueblos, tanto que Florentino⁹ lo dice expresamente al definirla como “una institución del derecho de gentes que, contra lo que la naturaleza dicta, pone a un hombre bajo el dominio de otro”.

Es muy ilustrativa la mención al derecho de gentes y al derecho natural, ya que el primero según Ulpiano¹⁰ es “el común a todos los pueblos”, mientras que el natural, también según Ulpiano,¹¹ sería “el que la naturaleza enseñó a todos los animales”, o bien “el que siempre es bueno y equitativo” al decir de Paulo.¹² Y expongo que esa referencia resulta ilustrativa porque está dando a entender que, al ser común a todos los pueblos, el principio general del derecho por entonces era que los hombres podían ser libres o esclavos. Dicho de otra manera, podían tener libertad o carecer de ella. La mención al derecho natural por su parte denota que el hombre es el único ser viviente que utiliza esa práctica, ya que no es común a todos ellos.

Volvamos ahora a Florentino,¹³ quien también nos suministra la definición de libertad a la que entiende como “la facultad que cada cual tiene de hacer lo que le plazca, a menos que la fuerza o la ley se lo impidan”. Como se advierte, este concepto podría servir perfectamente hoy en día.

Concordantemente con lo que se lleva expuesto, la Instituta¹⁴ de Justiniano expresa que la primera gran distinción entre los hombres es la que los divide entre libres y esclavos, careciendo estos últimos de toda capacidad de derecho, lo que los equipara a las cosas, si bien por las particularidades de la institución se trata de cosas muy especiales, extremo sobre el cual no cabe que me extienda aquí.

⁹ FLORENTINO en D. 1.5.4.1. Concordante con I. 1.3.2.

¹⁰ ULPIANO en D. 1.1.1.4.

¹¹ ULPIANO en D. 1.1.1.3.

¹² PAULO en D. 1.1.11.

¹³ FLORENTINO en D. 1.5.4.pr.

¹⁴ I. 13.pr.

La noción de esclavitud en la Antigua Roma abarcaba las condiciones sociales más dispares. Un esclavo podía ser tanto un trabajador en las minas, un criado o sirviente o un gladiador, como el ministro de Economía del emperador o el profesor de griego y latín de los hijos de un senador romano. Los esclavos no poseían una habitación donde dormir, simplemente se acostaban en el suelo en cualquier rincón de la casa. Cada romano de mediana fortuna poseía, por lo menos, un par de esclavos. Salía de su casa acompañado generalmente por uno mientras el otro permanecía encerrado en la morada. Los esclavos comían las sobras de la comida de sus amos, lo que, en un pueblo sin hambre, podía significar comer mejor que muchos hombres libres. La línea divisoria entre los hombres libres y los esclavos era muy importante. Los primeros no podían, legalmente, ser sometidos a tortura, ni quemados vivos ni apaleados. Los segundos sí, por decisión de sus propios amos o la de un magistrado.

Los esclavos no podían casarse ni ejercer la *patria potestas*, ni tenían parentesco entre ellos. Su dueño era el *pater familias*, al igual que de los hijos que engendraban en estado servil. No obstante ello se admitía un vínculo entre los integrantes de una pareja, que se denominaba contubernio, y una relación jurídica entre los que llevaban la misma sangre llamada *cognatio servilis*.

Ahora bien, si bien la romana fue una civilización esclavista, resultó muy benévola ya que al lado de la esclavitud consagró una forma de salir de ella: la manumisión. Ésta se volvió muy frecuente en la medida que la República fue sumando conquistas, sobre todo en el período que va entre los siglos V a. C. al I d. C., con lo cual los esclavos, antes costosos y valiosos, se tornaron muy abundantes, razón por la cual los dueños podían permitirse el lujo de darles la libertad. Esta costumbre de manumitir proliferó tanto que el emperador Augusto se vio obligado a dictar leyes¹⁵ restrictivas.

Con el fin de su época de expansión el Imperio romano se vio privado de la gran fuente de provisión de esclavos, los cuales, maltratados y abusados en la época de su abundancia hasta el punto que se vieron obligados a rebelarse y desencadenar tres guerras serviles,¹⁶ volvieron a constituirse en

¹⁵ *Junia Norbana, Fufia Caninia y Aelia Sentia.*

¹⁶ La más famosa fue la conducida por Espartaco, a fines de la época republicana.

bienes escasos y valorados. La naciente Iglesia cristiana, a partir del reinado de Constantino, contribuyó a mejorar el trato que se les daba, si bien cabría recalcar que ella no manumitió sus propios esclavos.

V. La Edad Media

Luego de la caída de Roma la esclavitud persistió en Europa, sobre todo la de tipo agrario por tratarse de una sociedad rural, hasta llegar a su auge en el siglo VII d. C. en plena Alta Edad Media. Pero ya en el siglo XII la mayor parte de los siervos padecían una situación de esclavitud relativa. Se trataba de los denominados siervos de la gleba, que estaban atados a un territorio al cual no podían abandonar y que debían obediencia al señor feudal. Su situación, en suma, era una cuasi libertad que distaba de ser absoluta, motivo por el cual no podemos considerarla como un principio general del derecho en esa época.

Porque además de las limitaciones a que estaban sujetos los siervos de la gleba, ellos coexistieron con los que eran lisa y llanamente esclavos, en número reducido es cierto, pero ello debido más bien a motivos de escasez que por convicciones morales o filosóficas, ya que la misma fue trasladada y sumamente extendida en el nuevo continente por las potencias europeas. Fundamentalmente las personas reducidas a esclavitud provenían de Europa Central y Oriental, y eran generalmente conocidos como “*saqaliba*”, término que se podría traducir como “eslavos”.

Las grandes repúblicas marítimas de Génova y Venecia eran los mayores mercados de esclavos de la época. Por su parte, en el Imperio romano de Oriente la tradición esclavista se mantuvo, y lo mismo sucedió en el mundo musulmán.

Diversas fuentes historiográficas cifran en un período superior a un milenio el tiempo de duración del comercio de esclavos realizado por los árabes musulmanes, estimándose en más de diez millones las personas sometidas a esclavitud. Ellas tenían diversas procedencias, incluyendo el África Subsahariana, el Cáucaso, Asia Central y aún Europa Central y Oriental. Desde el siglo XVIII los moros también llevaron a cabo cacerías de esclavos

en las zonas costeras del mar Mediterráneo y el océano Atlántico, siendo conocidos con el nombre de piratas berberiscos.

Zanzíbar fue en un momento dado el mayor puerto de comercio de esclavos de África Oriental, y durante la dominación de los árabes omaníes pasaban por esa ciudad allá por el siglo XIX unos cincuenta mil esclavos al año. De hecho, este comercio, que era muy redituable, fue el motivo por el cual las potencias europeas colonizaron gran parte del continente en el último cuarto de ese siglo.

VI. La esclavitud en América

Existió desde la época precolombina, pero ésta era muy diferente a la que introdujo luego la colonización europea. La esclavitud en esos tiempos era personal, esto es no hereditaria, los hijos de los esclavos eran considerados libres. Un esclavo podía tener posesiones e incluso ser propietario de otros esclavos. Podían comprar su libertad u obtenerla si demostraban haber sido maltratados, o si habían tenido hijos o se habían casado con sus amos. Al haber muerto su dueño, si habían prestado un servicio excepcional se los liberaba.

Con la llegada y conquista de América por parte de los europeos, se trazaron planes de expansión que exigían mano de obra barata. En un principio se esclavizó a los pueblos indígenas americanos, pero la legislación española se planteó muy pronto la licitud de dicha práctica gracias, fundamentalmente, a los escritos de fray Bartolomé de las Casas.¹⁷ Sin embargo, eso no hizo que cesase la esclavitud porque, en vez de recaer sobre la población autóctona, comenzaron a importarse personas esclavizadas de África, las que además tenían la ventaja adicional de una mayor resistencia física y a las enfermedades, especialmente las tropicales. Con esto comenzó un comercio a gran escala de esclavos africanos, el comercio negrero.

¹⁷ Su obra más famosa fue la llamada *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, dirigida al príncipe Felipe, futuro rey Felipe II, por entonces encargado de los asuntos de Indias.

Hacia el siglo XVII hubo un gran incremento en el número de esclavos debido a la importancia que habían tomado como mano de obra en las explotaciones agrícolas de gran extensión tanto en América del Norte como del Sur, pero fundamentalmente en el Caribe. Este incremento fue acompañado, en la mayoría de los casos, por una fuerte ideología racista. Los negros eran considerados seres subhumanos, asimilados frecuentemente a animales, que ni siquiera eran considerados sujetos de derecho y por lo tanto jurídicamente eran meros objetos o cosas.

Ante esta situación, el debate se centró especialmente acerca de si los individuos de raza negra tenían alma humana, puesto que en caso afirmativo esta actividad sería considerada ilegal por la Iglesia, lo que llevó a un fuerte movimiento para afirmar que los negros carecían de alma. Situación diferente a la que regía en relación a los aborígenes americanos, considerados como dotados de alma, por lo que no se les podía esclavizar.

De hecho era costumbre en muchas plantaciones explotar al esclavo bajo severas condiciones hasta su muerte, pues salía más barato comprar nuevos siervos que mejorar sus condiciones de vida. La fuente del origen de éstos fue la cautividad de negros africanos, así como de los aborígenes naturales de Gorea, una colonia francesa que fue el lugar preciso donde se estableció el mercado de esclavos, también conocido como el lugar sin retorno. Allí se separaban definitivamente las familias desintegradas por la esclavitud.

VII. El principio de libertad individual

Si bien existieron precedentemente algunas leyes que abolieron la esclavitud en algunas naciones, como por ejemplo las leyes de Burgos dictadas por la corona de Castilla el 27 de diciembre de 1512, deberíamos buscar en la revolución francesa el establecimiento del principio de libertad, con la correlativa eliminación de la esclavitud. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la asamblea nacional constituyente el 16 de agosto de 1789, desempeñó un papel fundamental a la hora de definir los derechos de cada persona. Esta declaración fue luego el preámbulo de la Constitución francesa de 1791.

Sin embargo, existe un dato curioso porque la misma, si bien estableció los derechos fundamentales de los ciudadanos franceses y también de todos los hombres sin excepción, no se refirió ni a la condición de las mujeres ni a la esclavitud, aunque esta última sería abolida por la Convención Nacional el 4 de febrero de 1794. Finalmente, y para disipar todo resabio de duda, Olympe de Gouges¹⁸ proclamó la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana en 1791.

Muchos artículos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano están dedicados a consagrar el principio de libertad:

- El artículo 1 dice: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”;
- Los artículos 4 y 5 intentan definir y circunscribir la libertad. Es definida como “lo que no perjudica a nadie” y solo la ley le puede poner límites;
- Los artículos 7, 8 y 9 precisan las características de la libertad individual: presunción de inocencia e irretroactividad de la ley;
- Los artículos 10 y 11 se refieren a la libertad de opinión, de prensa y de conciencia.

Siguiendo estas ideas la Asamblea del año XIII, cuyas sesiones se iniciaron el 31 de enero del año 1813, estableció la libertad de vientres en Argentina, con lo cual los hijos que tuvieran las esclavas serían considerados libres. La declaración textualmente declaraba libres a “los esclavos que de cualquier modo se introduzcan desde ese día en adelante, por el solo hecho de pisar el territorio de las Provincias Unidas”.

Esta declaración es considerada como el primer paso del proceso que condujo a la abolición de la esclavitud, consagrada por la Constitución Nacional dictada el 1º de mayo de 1857, ya que en cuyo preámbulo se expresa que la misma fue decretada y establecida para, entre otras cosas, “asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para

¹⁸ El nombre es el seudónimo usado por Marie Gouze, feminista francesa nacida el año 1748 y guillotizada en 1793.

todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”. Por su parte, en el artículo 14 se consagran los derechos del ciudadano y en el 14 bis, los del trabajador. El artículo 15 contiene la abrogación de la esclavitud en estos términos:

En la Nación Argentina no hay esclavos, los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución, y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen del que serán responsables los que lo celebren y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.

Otro hito importante en el camino hacia la abolición de la esclavitud fue el tratado que España y Gran Bretaña firmaron para la supresión del tráfico de esclavos el 2 de julio de 1890 en Bruselas. El mismo decía en su artículo 1:

Su Majestad la Reina Regente de España, y Su Majestad la Reina del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda, Emperatriz de las Indias, se obligan a prohibir todo tráfico de esclavos, ya por parte de sus súbditos respectivos, ya bajo sus respectivas banderas, o ya por medio de capitales pertenecientes a sus respectivos súbditos, y a castigar a todo el que se ocupe en dicho tráfico y con todo el rigor que permitan las leyes que estén o puedan estar en vigor en uno u otro país. Sus Majestades declaran además que todo buque que intente ejercer el tráfico de esclavos, perderá por este solo hecho todo derecho a la protección de su bandera.

En fin, en esta reseña no podía dejar de mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos sancionada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948.¹⁹ La misma en su preámbulo dice:

¹⁹ Resolución 217 A.

“...Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad...”.

Por su parte, los cuatro primeros artículos consagran la libertad y prohíben correlativamente la esclavitud:

Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4. Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Con esto podríamos decir que, al menos nominalmente, la libertad se volvió un principio general del derecho.

VIII. La autodeterminación de los pueblos

Hasta aquí me he ocupado de las libertades individuales, pero también las naciones tienen ese derecho, que es lo que se conoce como autodeterminación de los pueblos.

Ello consiste en la facultad inalienable de cada pueblo o nación de decidir sus propias formas de gobierno, perseguir su desarrollo económico, social y cultural de la manera que lo crea más conveniente, y estructurarse libremente, sin injerencias externas y de acuerdo con el principio de equidad.

Este principio no está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero sí en numerosos pactos internacionales y en diversas resoluciones de la Asamblea General de la ONU como, por ejemplo, las resoluciones 1514 (XVI) o 1541 (XVI), relativas al derecho de autodeterminación de los pueblos coloniales. Es un principio fundamental del derecho internacional público y un derecho de los pueblos, que tiene carácter inalienable y es propio de cada Estado, que también tiene la obligación de respetar el de los demás.

Ahora bien, el concepto de libre determinación tiene una gran fuerza y un carácter especialmente polémico. El Comité de Derechos Humanos ha puesto de manifiesto su naturaleza fundamental al señalar que es requisito necesario para la plena efectividad de los derechos humanos individuales, pero su mención en el discurso político contemporáneo puede levantar temores de desestabilización, incluso violenta, además también se lo ha asociado con posiciones políticas extremistas. Agreguemos que también en este campo la Revolución francesa se considera un paradigma básico de cómo el pueblo derrocó a la monarquía y a la aristocracia en el poder, y estableció un régimen republicano donde el pueblo se gobernaría a sí mismo.

Desde este punto de vista es que se han considerado y legitimado los movimientos independentistas, que no son otra cosa que la declaración de libertad de los territorios coloniales. Aunque subsiste la cuestión de que la libre determinación está estrechamente ligada al término “pueblos”, que es a su vez problemático y no ofrece un único significado. Por el contrario, tanto la doctrina como los Estados u otros agentes internacionales han tratado de hacer valer sus respectivas concepciones.

Me explico diciendo que, si bien una concepción considera pueblo al

conjunto de habitantes de un Estado unitariamente considerado, existen diversas minorías fundamentalmente indígenas o con una fe religiosa o un origen étnico diferentes al de la mayoría de los habitantes de una nación que también se han autodefinido como pueblos. Sus reivindicaciones ponen de manifiesto la tensión y los conflictos que existen entre el derecho de libre determinación de los pueblos y la integridad territorial de los Estados, ya que pueden llevar a la fragmentación de los mismos como sucedió con la antigua Unión Soviética. Para complicar aún más la cuestión existen y existieron en tiempos pretéritos habitantes de distintos Estados o ciudades Estado que conformaban una misma nación y tenían vocación de unificarse. Tal sucedió con Italia de acuerdo a la teoría de las nacionalidades de Giuseppe Mazzini.²⁰

Por otra parte, el derecho de autodeterminación de los pueblos no se articula exclusivamente con la fórmula de la independencia, sino que comprende además de ella el autogobierno, cualquiera sea la forma que revista, siempre que sea conforme a las aspiraciones del pueblo y reconociendo los otros principios establecidos, como la soberanía e integridad territorial. Todo esto entraña la completa libertad de una nación.

El concepto de libre determinación se deriva de la necesidad de la humanidad de hacer realidad sus aspiraciones y de la afirmación de la igualdad intrínseca de todo ser humano, así como de la libertad que todos tienen para organizarse como mejor les parezca, sin injerencia extranjera. Como concepto político la idea de autodeterminación de los pueblos o de las naciones se plasmó ya durante el siglo XIX y se reafirmó en el siglo XX de la mano del proceso de descolonización. Por eso se vincula con la independencia nacional plasmada en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de 1776 y las guerras de independencia hispanoamericanas que se libraron fundamentalmente en el período que va entre 1809 y 1824.

Este proceso se consolida definitivamente en 1960, cuando los Estados

²⁰ Giuseppe Mazzini llamó al pueblo a aglutinarse alrededor de la idea de Estado nación. En su obra *Los deberes del hombre: fe y porvenir* pidió al pueblo que pusiera el deber hacia el propio país por encima de los intereses individuales.

africanos y asiáticos que habían ido accediendo a la independencia desde 1945 impusieron su mayoría sobre las potencias coloniales en el seno de la Asamblea General de la ONU, donde se aprobó el 14 de diciembre por su resolución 1514 (XV) una declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, conocida como “Carta Magna de la descolonización”, sin votos en contra pero con la abstención de nueve países, entre los que se encontraban las principales potencias coloniales. La declaración condenó el colonialismo y dispuso que todos los pueblos tenían el derecho de libre determinación.

La cuestión fundamental fue la identificación de las entidades legitimadas para invocar el derecho a la libre determinación, por eso el siguiente día, 15 de diciembre, se proclamó otra resolución que profundizaba sobre estas cuestiones y, manteniendo que es indispensable que la población autóctona exprese su voluntad libremente, se matizó que esta voluntad no siempre tenía que llevar a la constitución de un nuevo Estado soberano. El ejercicio del derecho de autodeterminación podría llevar a la independencia, a la libre asociación o a la integración en otro Estado.

Además, la resolución 1541 (XV) concretó qué pueblos son titulares del derecho de libre determinación, en función de dos criterios básicos: la existencia de diferencias étnicas y culturales y la separación geográfica entre la colonia y la metrópoli. Esta exigencia de separación territorial implicó que el derecho de autodeterminación solo se reconociera a los pueblos que habitaban territorios coloniales ultramarinos, excluyendo las situaciones de colonialismo interno.

Todo esto fue un gran hito normativo en el intento de construir, tras la Segunda Guerra Mundial, un nuevo orden internacional basado en el respeto a la dignidad de la persona y los derechos humanos, fundamentalmente la libertad de autodeterminación de los pueblos. Para concluir, digamos que el 24 de octubre de 1970 se adoptó la resolución 2625 (XXV), que contiene la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. La resolución se adoptó por consenso, por lo que recogió los puntos de vista de los Estados occidentales, los socialistas y los del tercer mundo. La Declaración sobre relaciones de amistad muestra que la descolonización es una importante

manifestación de la autodeterminación, pero que el ámbito de este derecho es más extenso, también la asocia con la existencia de un gobierno representativo. La Declaración afirmó que la libre determinación es un derecho de todos los pueblos y que conlleva obligaciones para todos los Estados, y que su respeto es condición necesaria para el establecimiento de relaciones amistosas y de cooperación entre los Estados.

La vertiente externa del derecho de libre determinación está relacionada con la soberanía y se refiere al derecho de los pueblos a determinar libremente su lugar en la comunidad internacional de Estados, de acuerdo con el principio de igualdad soberana. En el ejercicio de este derecho, de acuerdo con las resoluciones 1541 (XV) y 2625 (XXV), un pueblo puede decidir la formación de un Estado independiente, la libre asociación, la integración en un Estado ya existente o la adquisición de cualquier otro estatuto político libremente decidido por la población. La vertiente externa se manifiesta en la prohibición del colonialismo y de la dominación y explotación extranjeras en general.

La vertiente interna, por su parte, define el derecho de los pueblos a decidir libremente y sin injerencia externa su organización política y perseguir su desarrollo cultural, social y económico. Se relaciona, entre otros, con el derecho de todo grupo a preservar su identidad; también con el derecho de todo ciudadano a participar, a todos los niveles, en la dirección de los asuntos públicos, y por tanto con la democracia. De aquí se deriva que un gobierno debe representar al conjunto de la población, sin distinción por motivos de raza, credo, color o cualquier otro.

IX. Consideraciones finales

En la actualidad si preguntásemos a alguien si el de la libertad es un principio general del derecho, sin pensarlo demasiado respondería que sí. Sin embargo, si analizamos con algún mayor detenimiento la cuestión esa afirmación ya no parece tan veraz.

La esclavitud no existe tal como antaño, al menos en el mundo occidental, pero hay otras formas sutiles de dominación que implican la pérdida

de libertad. Dicho de otra manera, hoy hay hombres y mujeres esclavizados aunque nominalmente sean personas libres. Repárese, por ejemplo, en toda la gente que trabaja en condiciones infrahumanas, en las mujeres sometidas a la trata, o en los niños obligados a trabajar aunque por su edad todas las leyes manden que no lo hagan.

Podría poner muchos ejemplos más, pero con los expuestos me parece suficiente. Como se advierte, existen vastas franjas sociales que son nominalmente libres si bien la realidad no es así. Por su parte, en ocasiones es toda la sociedad la que ve cercenada, en mayor o menor medida, su libertad, cosa que sucede cuando el gobierno que la rige sostiene a rajatabla un pensamiento único que no admite disidencias. O cuando, aprovechando alguna circunstancia accidental, restringe por tiempo indefinido libertades básicas como son el derecho a trabajar, a circular, estudiar o recrearse.

En fin, en el orden internacional también sucede lo mismo. Formalmente no existen colonias, pero hay muchos países que en la práctica son dominados y sometidos por otras naciones o, peor aún, por corporaciones multinacionales que controlan sus economías o les dictan las reglas de conducta que deben seguir.

Por eso, si volviéramos a hacernos la misma pregunta acerca de si es hoy la libertad un principio general del derecho, la respuesta debería ser: “Sí, pero...”.

Hostis: de extranjero a enemigo en el derecho romano

Por Elvira Méndez Chang²¹

I. Introducción

En las últimas décadas, la globalización ha permitido interconectar a millones de personas en el mundo, ha desarrollado las tecnologías y ha aumentado las migraciones a diversas regiones del planeta. No obstante, las diferentes crisis, como la de los refugiados o la pandemia iniciada en el año 2020, han evidenciado las diferencias entre los nacionales y los extranjeros en el territorio de un Estado. En algunos casos, lamentablemente han dado lugar a respuestas xenófobas en las que se desconocen sus derechos humanos.

²¹ Profesora Principal del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

A partir de la situación actual, resulta interesante estudiar la situación de los extranjeros en el derecho romano. La clasificación en el *status civitatis* partía de la dicotomía entre los ciudadanos romanos y los no ciudadanos romanos. Uno de estos últimos fue el *hostis*, que inicialmente era el extranjero y posteriormente significó el enemigo. Frente a ello, esta investigación tiene como objetivo reflexionar sobre quién era el *hostis* en Roma y busca responder la siguiente pregunta: ¿cuál fue el significado jurídico de *hostis* desde finales de la República? A partir de las fuentes romanas, se planteará que el *hostis* fue originariamente entendido como el extranjero *pari iure* al ciudadano romano, aquel que se relacionaba pacíficamente con los romanos. A partir del siglo I a. C. se produjeron los siguientes cambios: en primer lugar, su significado originario (extranjero *pari iure*) fue atribuido al *peregrinus*; en segundo lugar, el *hostis* pasó a ser el extranjero enemigo público o *perduellis*, siendo también considerado como el enemigo de guerra. Esta nueva definición jurídica era precisa, aunque tuvo una connotación negativa. Asimismo, se señalará por qué el *hostis* no era sinónimo de *perduellis*, en la medida que este último término tuvo otro significado: aquel que cometió el crimen de *perduellio*, que se aplicaba a los ciudadanos romanos que eran traidores al *populus romanus*.

Con la finalidad de sustentar esta respuesta, se analizarán las fuentes romanas más relevantes sobre este tema para conocer la etimología de la palabra *hostis*, su concepto originario y los cambios en su significado. Es menester precisar que, en la medida que esta investigación se centrará en el concepto de *hostis*, no se desarrollará su tratamiento en el derecho romano, que es parte de otra investigación en curso.

II. La etimología de *hostis*

Sobre el origen de la palabra *hostis*, se deben tomar en consideración dos términos en latín: *hostio* (*hostire*) y *hospitium*, que se estudiarán a continuación.

En cuanto a *hostio* (*hostire*), era un verbo que significó igualar, equilibrar,

homologar, emparejar o compensar²² y fue mencionado en *De Significatione Verborum*²³ de Sexto Pompeyo Festo, quien fue un gramático romano que vivió entre el final del siglo II y el inicio del III siglo d. C. En este texto se presentaron varios términos en latín, la historia y la mitología romanas; cada palabra fue acompañada con una breve explicación (*glossa*),²⁴ la que resulta sumamente interesante para entender su origen y significado. Se considera que el texto de Festo es un epítome porque resumió una obra más amplia llamada *De Verborum Significatu*, cuyo autor fue Marco Verrio Flaco (siglo I a. C.).²⁵ Aunque lamentablemente ésta no ha llegado hasta nosotros.

Al explicar *status dies*, Festo precisó que la palabra *hostes* (plural de *hostis*) era un término utilizado por los antiguos y significó extranjeros. Además, la relacionó con el verbo *hostire* en Festo S. V. *status dies*: “*Status dies vocatur qui iudicii causa est constitutus cum peregrino; ejus enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari jure cum populo R.[omano], atque hostire ponebantur pro aequare*”.²⁶

²² LEWIS, C. T. y SHORT, C. (1879). *A Latin Dictionary, Founded on Andrews' edition of Freund's Latin dictionary. Revised, enlarged, and in great part rewritten by Charlton T. Lewis and Charles Short*. Oxford: Oxford University Press. Recuperado de: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0059%3AAphabeti+c+letter%3DH%3Aentry+group%3D20%3Aentry%3Dhostio1>

²³ Sobre la obra de Festo, las influencias recibidas y su significación, se recomienda revisar el artículo de CODÓN, C. (2016). “El De significatu uerborum de Festo, ¿un compendio?” En CRISANTE, T. y VERONESI, V. *Forme de accesso al sapere in età tardoantica e altomedievale VI*. Trieste: Edizioni Università di Trieste, 1 ss.

²⁴ Según Tafaro, Pablo el Diácono resumió e intentó actualizar la obra de Festo en el siglo VIII d. C. Véase: TAFARO, S. (1991). *La pubertà a Roma, Profili giuridici*. Bari: Cacucci Editore, 18 s.

²⁵ TAFARO, *op. cit.*, 18 s.

²⁶ En la edición bilingüe latín-francés, la traducción de Festo S. V. *status dies* es la siguiente: “*Status dies*. On appellée ainsi le jour fixé pour une affaire judiciaire avec un étranger. Car les hommes de ce genre étaient appelés *hostes* par les anciens, parce qu'ils étaient égaux en droit avec le peuple romain, et que le mot *hostire* s'employait comme synonyme d'*aequare*.” FESTUS, S. P. (1846). *Sextus Pompeius Festus, De la signification des mots, Traduit pour la première fois en français par M. A. Savagner*, Paris, 564. Recuperado de: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=nnc1.cu01965930&view=1up&seq=7>.

Este texto presenta varios elementos que permiten una adecuada comprensión de la etimología y significado de *hostis*. En primer lugar, se señaló que esta palabra existía desde mucho tiempo atrás porque fue utilizada por los antiguos. Además, se encuentra mencionada en la Ley de las XII Tablas: “... *status dies cum hoste* ... *quid horum fuit unum iudici arbitrove reove, eo dies diffissus esto*” (Tab. II. 2).²⁷ De esta manera, se constató que *status dies cum hoste* era una expresión que se empleaba desde el siglo V a. C. en Roma y se refería al extranjero que era llamado a comparecer en un proceso, lo cual fue recogido posteriormente por Festo. En segundo lugar, se afirmó que el significado originario de *hostis* fue extranjero, el que después fue atribuido al *peregrinus*.²⁸ En tercer lugar, se estableció que los verbos *hostire* y *aequare* eran sinónimos (*atque hostire ponebantur pro aequare*), cuyo significado era igualar. A partir de la relación entre estos dos verbos, se determinó el tratamiento del *hostis* como igual en el derecho romano. En cuarto lugar, está la vinculación entre el sustantivo *hostis* y el verbo *hostire* por la cual el extranjero fue considerado igual en derecho (*pari iure*) que los ciudadanos romanos. Por ello, era posible convocar a un *hostis* (extranjero) a un proceso judicial, a pesar de que no era un ciudadano romano, y fijar un día para que se apersonara, como se había mencionado en Tab. II. 2. De allí que *status dies cum hoste* no hubiese sido posible si el *hostis* estuviera excluido del sistema jurídico romano.

Lo señalado anteriormente sobre el verbo *hostire* fue complementado en Festo S. V. *redhostire*: “*Redhostire est gratiam referre, nam et hostire pro aequare posuerunt*”.²⁹ En este texto se afirmó que el verbo *hostire* significó igualar, equilibrar o nivelar; por ello, un extranjero era considerado como un igual para los romanos.

²⁷ Tab. II. 2: “...día fijado con un forastero... si uno de estos (impedimentos) existe para el juez, para el árbitro o para el reo, por esta causa aplácese el día.” Para la Ley de las XII Tablas, se citará la versión bilingüe latín-español de DOMINGO, R. (coord.) (1998). *Textos de Derecho Romano*. Pamplona: Aranzadi.

²⁸ CHAMIE GANDUR, J. F. (2019). “Mercogliano, F., Hostes Novi Cives, Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica.” En *Revista de Derecho Privado*, N° 37, 426.

²⁹ Festo S. V. *redhostire*: “*Redhostire, c’est rendre grâces; car on s’est aussi servi du mot hostire pour signifier égalier [ou égaliser].*” FESTUS, *op. cit.*, p. 481 ss.

Por lo anteriormente mencionado, el verbo *hostire* estuvo en el origen del término *hostis*, quien sería entendido como el extranjero e igual³⁰ jurídicamente al ciudadano romano, aquel que participaba del sistema jurídico romano.³¹ Sin embargo, ser *pari iure* no significaba que el *hostis* tenía todos los derechos y obligaciones de un *civis Romanus* porque a este último se le aplicaba el *ius civile*.

La palabra *hospitium* también está relacionada a *hostis*³² y este sustantivo significó la hospitalidad, el lugar donde se alojaban los huéspedes³³ y una recepción acogedora.³⁴ Al anfitrión se le llamaba *hospes* porque era quien entretenía o agasajaba a un invitado o huésped.³⁵ Era aquél ciudadano romano que recibía cortésmente a los extranjeros en su casa.

El *hospitium* tuvo una dimensión pública y otra privada.³⁶ En cuanto a

³⁰ Para Lavallette, *hostis* significaba "igual" en la antigua lengua latina. LAVALLETTE, S. (1880). *La condition des étrangers à Rome & en France, Thèse pour le doctorat dans la Faculté de Droit de Caen*. Rouen, p. 7. Al respecto, véase también BURDESE, A. (1985). *Manuale di diritto privato romano*, 3ª ed., Torino: UTET, p. 22; HERNÁNDEZ-TEJERO, F. (1959). *Derecho Romano*. Madrid: Universidad de Madrid, p. 137.

³¹ El significado originario del *hostis* pasó posteriormente al *peregrinus*, quien participó del sistema jurídico romano. Véase: CATALANO, P. (1974). *Populus Romanus Quirites*. Torino: UTET, p. 140; MÉNDEZ CHANG, E. (2017). "El *peregrinus*, un concepto romano para un mundo globalizado" En ÁLVAREZ, M. (comp). *Actas del III Congreso de Principios Generales y Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores, p. 87 ss.

³² PECK, H. T. (1898). *Harpers Dictionary of Classical Antiquities*. New York: Harper & brothers. Recuperado de: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.04.0062:entry=hostis-harpers&highlight=hostis>.

³³ LEWIS, C. T. y SHORT, C., *op. cit.*; PECK, H. T., *op. cit.*

³⁴ LEWIS, C. T. (1890). *An Elementary Latin Dictionary*. New York, Cincinnati and Chicago. Recuperado de <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0060%3AAlphabeti+c+letter%3Dh%3Aentry+group%3D6%3Aentry%3Dhospitium>.

³⁵ LEWIS, C. T. y SHORT, C., *op. cit.*

³⁶ PECK, H. T., *op. cit.*; SMITH, W., WAYTE, W. y MARINDIN, G. E. (1890). *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. Albemarle Street: London. Recuperado de: <https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0063%3AAlphabetic+letter%3Dh%3Aentry+group%3D3%3Aentry%3Dhospitium-cn>

la primera, se realizaba a través de los acuerdos celebrados por el pueblo romano. La hospitalidad privada se daba entre los particulares y fue muy importante desde la fundación de Roma. En virtud del *hospitium*, se protegía religiosa y jurídicamente al extranjero, quien era recibido y alojado con las mayores comodidades disponibles por el ciudadano romano anfitrión, se encontraba bajo la protección de *Iupiter Hospitalis* y estaba amparado por las costumbres y las leyes aplicables.³⁷ Por ello, la hospitalidad dada al *hostis* (extranjero) huésped contaba con un sustento jurídico.

Sin embargo, el significado de *hospitium* se modificó con el paso del tiempo y en el Digesto³⁸ era entendido como el alojamiento en D. 4. 6. 15. 3: “...*sed ita demum, si intra modicum tempus quam rediit hoc contigit, id est dum hospitium quis conducit, sarcinulas componit, quaerit advocatum...*”.³⁹ De este modo, el contar con un lugar donde alojarse u hospedaje era considerado como *hospitium* en el siglo VI d. C., con lo cual se modificó el significado más antiguo que se refería a la protección al extranjero, la hospitalidad.

Al considerar que el *hospitium* fue el origen de la palabra *hostis*, su significado enfatizaría que el extranjero era acogido y protegido jurídicamente por los romanos cuando se encontraba en su territorio, con lo cual se quedaría sin sustento la teoría de la hostilidad natural de Mommsen.⁴⁰

En atención a lo antes mencionado, *hostis* tuvo su origen en el verbo *hostire* (igualar, equilibrar) y en el sustantivo *hospitium* (hospitalidad). Ambas palabras incidirían en su significado: *hostis* era el extranjero que era igual (*pari iure*) y era protegido por los romanos.

³⁷ PECK, H. T., *op. cit.*; SMITH, W., WAYTE, W. y MARINDIN, G. E., *op. cit.*

³⁸ En cuanto al *Corpus Iuris Civilis* del Emperador Justiniano I (siglo VI d. C.), se citará la versión bilingüe latín-español de GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889-1898). *Cuerpo del derecho civil romano a doble texto traducido al castellano del latino*. Barcelona: Jaime Molinas, 6 volúmenes.

³⁹ D. 4. 6. 15. 3: “... tan solo si esto aconteció dentro de corto tiempo después que volvió, esto es, mientras uno toma un alojamiento, arregla el equipaje y busca abogado...”

⁴⁰ MOMMSEN, T. (1889). *Le Droit Public Romain*. Traducido del alemán por Paul Frédéric Girard. Tomo 6. Vol. 2. París: Facsimile Publisher, p. 215 ss.

⁴¹ Tab. II. 2: “... día fijado con un forastero ... si uno de estos (impedimentos) existe para el juez,

III. El concepto originario de *hostis*

Una vez explicada la etimología de *hostis*, se analizará su significado originario de *hostis* a partir de las fuentes romanas.

En cuanto a las fuentes jurídicas romanas, el término *hostis* fue mencionado en la Ley de las XII Tablas: se trataba del extranjero que podía participar en un proceso judicial y, por ello, ser citado en una fecha fijada (Tab. II. 2: "... *status dies cum hoste ... quid horum fuit unum iudici arbitrove reove, eo dies diffissus esto*").⁴¹ De esta manera, se afirmó que el *hostis* podía actuar en un proceso en Roma. Además, si hubiese un motivo debidamente fundamentado, la fecha fijada para que el extranjero comparezca en un proceso podía ser aplazada, lo cual era considerado como justo y conforme al derecho.

Lo establecido en Tab. II. 2 resulta relevante para determinar quién era el *hostis* y cuál era su tratamiento. A partir de esta norma, Festo brindó una explicación sobre *status dies* varios siglos después y también afirmó que el extranjero podía ser llamado a comparecer en un proceso, como se aprecia en Festo S. V. *status dies*: "*Status dies vocatur qui iudicii causa est constitutus cum peregrino; ejus enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari jure cum populo R.[omano] ...*".⁴² En este último texto es importante que se haya establecido que los *hostes* eran *pari iure* (iguales en derecho) respecto a los *cives Romani* (ciudadanos romanos); en consecuencia, *hostis* significó extranjero igual o par como sostuvo Baviera.⁴³ Además, al señalar que el concepto de *hostis* era el mismo que posteriormente tuvo el *peregrinus*, se subrayó que el extranjero participó en un plano de igualdad en el sistema jurídico supranacional romano según Catalano.⁴⁴

⁴¹ Tab. II. 2: "... día fijado con un forastero ... si uno de estos (impedimentos) existe para el juez, para el árbitro o para el reo, por esta causa aplácese el día."

⁴² Festo S. V. *status dies*: "*Status dies. On appellée ainsi le jour fixé pour une affaire judiciaire avec un étranger. Car les hommes de ce genre étaient appelés hostes par les anciens, parce qu'ils étaient égaux en droit avec le peuple romain ...*" FESTUS, *op. cit.*

⁴³ BAVIERA, G. (1898). *Il diritto internazionale dei romani*. Modena: Direzione dell'Archivio giuridico, p. 110.

⁴⁴ CATALANO, *op. cit.*, p. 140.

Otra norma referida al *hostis* se encuentra en Tab. VI. 3, b: “*adversus hostem aeterna auctoritas [esto]*”.⁴⁵ Al respecto, debe entenderse que el *dominium*, que correspondía al ciudadano romano por aplicación del *ius civile*, era inalienable para siempre en el trato o negocios con un *hostis* (extranjero).⁴⁶ No obstante, la Ley de las XII Tablas admitió que el *hostis* tuviera relaciones jurídicas con el ciudadano romano ya que, si bien no accedía a los derechos establecidos por el *ius civile*, tenía una participación en el sistema jurídico romano.

De conformidad con lo mencionado en la Ley de las XII Tablas, se cuenta con un sustento suficiente para afirmar que el concepto originario de *hostis* fue el extranjero que contó con una protección jurídica y participó en el sistema jurídico romano.⁴⁷ Como el extranjero no estuvo privado de derechos en Roma,⁴⁸ no se aplicó la teoría de la hostilidad natural.⁴⁹

⁴⁵ Tab. VI. 3, b: “Frente al extranjero la garantía sea eterna”

⁴⁶ DUSENBURY, D. L. (2015). “Carl Schmitt on Hostis and Inimicus: A Veneer for Bloody-Mindedness” En *Ratio Juris, An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 28(3), p. 436.

⁴⁷ BAVIERA, *op. cit.*, p. 110; CATALANO, P. (1965). *Linee del sistema sovranazionale romano*. Torino: Giappichelli Editore, p. 10; DE MARTINO, F. (1973). *Storia della Costituzione Romana*. 2ª ed. Napoli: Jovene, p. 15 ss.; FREZZA, P. (1955). “L’età classica della costituzione repubblicana” En *LABEO - Rassegna di Diritto Romano*, 1(3), p. 323; MASCHI, C. A. (1962). *Istituti accessibili agli stranieri e ius gentium*. En *Jus*, 13, p. 381; PETIT, E. (1985). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducido de la 9ª ed. francesa y aumentado, Buenos Aires: Eudeba, p. 115; PUGLIESE, G. (1985). *Lezioni di Istituzioni di Diritto Romano - I: Il periodo antico*, Lama (Perugia): DISA, p. 136; RAMOS, C. J. (1983). “Civitas Romana, Estudio Histórico sobre el Estado de Ciudadanía.” En *Libro Homenaje a José Melich Orsini*. Vol. 2. Caracas: Universidad Central de Venezuela, p. 868. Sin embargo, BUONO-CORE sostuvo que la aplicación de las normas romanas a los extranjeros se fundamentó en la reciprocidad. BUONO-CORE, R. (2013). “Diplomacia y monarquía: Rómulo y Numa” En *Revista De Estudios Históricos- Jurídicos*, 35, p. 116 s.

⁴⁸ No obstante, algunos romanistas sostienen que el extranjero estuvo privado de derechos en los primeros siglos de Roma: RUILOBA SANTANA, E. (1974). “Conflicto de leyes y *Ius Gentium* en el mundo jurídico romano (visión retrospectiva desde la dogmática permanente del Derecho Internacional Privado)” En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro*, s/l, Tomo II, p. 328; CHAMIE GANDUR, *op. cit.*, p. 427.

⁴⁹ MOMMSEN, *op. cit.*, p. 215 ss.

En el siglo I a. C., el abogado, orador, jurista y político romano Marco Tulio Cicerón (106-43 a. C.) presentó claramente el significado de *hostis* en su obra *De officiis* (44 a. C.): “...*Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus...*”⁵⁰ (*Cic. De off.* 1. 12. 37).⁵¹ De este modo, Cicerón recordó que *hostis* era un término muy antiguo empleado por los romanos que posiblemente existió desde los inicios de la ciudad de Roma. Además, señaló que el concepto de *hostis* era similar al que correspondía al *peregrinus*, que significaba el extranjero.

En la obra *De lingua latina* (circa 47-43 a. C.), el gramático y escritor romano Marco Terencio Varrón (116-27 a. C.) presentó la etimología, el concepto, la gramática y la lingüística de las palabras en latín. Al referirse a *hostis*, afirmó en *Varr. D. l. lat.* 5.3:⁵² “... *neque omnis origo est nostrae linguae e vernaculis verbis, et multa verba aliud nunc ostendunt, aliud ante significabant, ut hostis: nam turn eo verbo dicebant peregrinum qui suis legibus uteretur...*”⁵³ En este texto, Varrón reiteró lo mencionado por Cicerón sobre el significado originario de *hostis*: el extranjero que usaba su propio derecho (*qui suis legibus uteretur*) y tenía en una relación pacífica con los romanos, es decir, no estaba en guerra contra Roma. Además, precisó que el antiguo significado de *hostis* fue posteriormente otorgado al *peregrinus*.

Por su parte, Festo afirmó que *hostis* era la palabra empleada por los

⁵⁰ *Cic. De off.* 1. 12. 37: CICERÓN, M. T. (1913). *De Officiis, With An English Translation, Walter Miller*. Cambridge: Harvard University Press. Recuperado de: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A2007.01.0047%3Abook%3D1%3Asection%3D37>

⁵¹ *Cic. De off.* 1. 12. 37: “[...] Porque entre nuestros pasados [sic] equivalía la palabra *hostis* a lo que entre nosotros suena la voz *peregrinus*.” CICERÓN, M. T. (1946). *Obras completas. Vida y Discursos*. Vol. 2. Buenos Aires: Anaconda, p. 25.

⁵² VARRO (1938). *Varro on the Latin Language (Books V – VII), With an English translation by Roland G. Kent*. Vol. 1. Cambridge: Harvard University Press, p. 4.

⁵³ *Varr. D. l. lat.* 5. 3: “...ni todo origen viene de palabras indígenas de nuestra lengua, y muchas palabras indican ahora una cosa y antes significaban otra, como *hostis*, pues en otro tiempo con esta palabra daban denominación al extranjero que utilizaba sus propias leyes...” VARRÓN, M. T. (1998). *La Lengua Latina, Libros V-VI. Introducción, traducción y notas de Luis Alfonso Hernández Miguel*. Barcelona: Gedisa, p. 154.

antiguos romanos para referirse al *peregrinus* (extranjero) en *Festo S. V. hostis*: “*Hostis, apud antiquos peregrinus dicebatur...*”⁵⁴ y coincidía con lo planteado por Cicerón y Varrón. Además, en *Festo S. V. status dies* señaló que el extranjero también era llamado a participar en un proceso en Roma.

A partir de las fuentes revisadas, se constata que Cicerón, Varrón y Festo coincidieron en que *hostis* era un término empleado desde épocas muy antiguas por los romanos y significó el extranjero o *peregrinus*, es decir, era un ser humano libre que no tenía ciudadanía romana ni se encontraba en guerra contra el pueblo romano. Además, en la línea de lo establecido en la Ley de las XII Tablas (Tab. II. 2 y VI. 3, b), Varrón y Festo añadieron dos puntos importantes sobre el *hostis*: era el extranjero que usaba su propio derecho (*qui suis legibus uteretur*) en un contexto de relaciones pacíficas⁵⁵ con el pueblo romano (*Varr. D. I. lat. 5. 3*) y era considerado *pari iure* de los ciudadanos romanos (*Festo S. V. status dies*). Asimismo, este término no tuvo una connotación negativa o peyorativa en Roma porque simplemente señalaba que el extranjero o foráneo⁵⁶ pertenecía a otro pueblo; tampoco aludía a la existencia de un guerra (*bellum*) ni a un conflicto entre los romanos y la comunidad de origen del extranjero.⁵⁷ De allí que se haya considerado *hostis* a un extranjero que tenía relaciones pacíficas con el *populus romanus*,⁵⁸ se encontraba en territorio romano y participaba *pari iure* del sistema jurídico romano.

En consecuencia, el concepto originario de *hostis* fue el extranjero que tiene una relación pacífica con los romanos y cuenta con un tratamiento jurídico que lo hace *pari iure* a estos últimos.

⁵⁴ *Festo S. V. hostis*: “*Hostis, chez les anciens, signifiait étranger ...*” FESTUS, *op. cit.*, p. 175.

⁵⁵ RAMOS, *op. cit.*, p. 868.

⁵⁶ BUONO-CORE, *op. cit.*, p. 116 s.; CHAMIE GANDUR, *op. cit.*, p. 427; LEWIS y SHORT, *op. cit.*

⁵⁷ Las fuentes romanas no respaldan lo afirmado por Ortolan respecto a que el *hostis* “era el extranjero aun no sometido a la dominación romana: hasta el acto de la sumisión era considerado enemigo”. El significado originario de *hostis* fue el extranjero, no el enemigo. ORTOLAN, M. (1978). *Compendio de Derecho Romano*. Buenos Aires: Heliasta, p. 30.

⁵⁸ BUONO-CORE, *op. cit.*, p. 116 s.

IV. Los cambios en el concepto de *hostis*

En Roma, el concepto de *hostis* no se mantuvo invariable en el tiempo. Aunque no se ha determinado con exactitud cuándo y por qué causas se produjo este cambio,⁵⁹ en las fuentes romanas correspondientes al siglo I a. C. se mencionó claramente que *hostis* pasó de significar el extranjero que se encontraba en una relación pacífica con los romanos a ser el extranjero enemigo público⁶⁰ o el *perduellis*, aquel que estaba en guerra contra el *populus romanus*. A continuación, se analizarán estos cambios.

IV. a. El concepto originario de *hostis* pasó al peregrinus

En el punto anterior, Cicerón (*Cic. De off.* 1. 12. 37), Varrón (*Varr. D.* 1. lat. 5. 3) y Festo (*Festo S. V. hostis*) coincidieron en afirmar que el concepto originario de *hostis* con el transcurso del tiempo pasó al término *peregrinus*. Éste último es un término más reciente porque no se encuentra mencionado en las fuentes romanas más antiguas, como la Ley de las XII Tablas.⁶¹

A diferencia de *hostis*, cuya etimología nos remite a *hostire* y *hospitium*, la palabra *peregrinus* se formó por la conjunción de *per* (a través de) y *agere* (de

⁵⁹ BONA, F. (1955). "Postliminium in Pace." En *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)*, XXI, p. 272 s.; DE MARTINO, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁰ BONA, *op. cit.*, p. 272 s.; DE MARTINO, *op. cit.*, p. 18; MAGDELAIN, A. (1973). "Remarques sur la Perduellio." En *Historia: Zeitschrift Für Alte Geschichte*, 22(3), p. 421; MOMMSEN, T. (1991). *Derecho Penal Romano. Versión castellana de P. Dorado*. Bogotá: Temis, p. 341; SIRKS, B. (2011). "Bijnkershoek as author and elegant jurist." En *Legal History Review*, 79(2), p. 234; LEWIS y SHORT, *op. cit.*

⁶¹ MÉNDEZ CHANG, E. (2020). "Reflexiones sobre el fundamento romanístico del trato nacional del extranjero en los Códigos Civiles de América del Sur." En LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, M del C. *Fundamentos Romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*. Vol. II. Madrid: BOE, p. 383. Recuperado de: https://boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DR-2020-155&tipo=L&modo=2.

ager, campo).⁶² De esta manera, se explicaba que se trataba de un individuo que no pertenecía al pueblo romano, pero que llegó a Roma luego de caminar a través del campo (*ager*).⁶³ Éste era un extranjero migrante porque había dejado su pueblo de origen o el lugar donde residía para establecerse temporal o definitivamente en territorio romano con la intención de tener una mejor calidad de vida para sí y los suyos.

El *peregrinus* era el que más se asemejó a lo que actualmente es el extranjero porque era un ser humano libre no ciudadano romano.⁶⁴ De conformidad con lo señalado respecto a *hostis*, se puede afirmar que el concepto de *peregrinus* fue el extranjero que se encontraba en territorio romano, quien era *pari iure* con los *cives Romani*⁶⁵ y no era considerado un enemigo de guerra.

Hasta el siglo III d. C., el concepto de *peregrinus* asumió el que originariamente correspondía al *hostis*; sin embargo, se modificó a partir de la *Constitutio Antoniniana* o Edicto de Caracalla (Papiro Giessen 40, I, 1-9).⁶⁶ Con esta Constitución, el emperador Antonino Caracalla otorgó la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio romano, aunque con excepciones,⁶⁷ en el año 212 d. C. En los siglos siguientes, el *peregrinus* fue el habitante del territorio romano excluido de esta concesión de ciudadanía, el

⁶² «...*peregrinus*...» qui voyage à l'étranger, qui vient de l'étranger, qui concerne l'étranger... De là est sorti l'adjectif, attesté seulement à basse époque, *pereger* «qui va par de là les champs, qui voyage à l'étranger»...». En ERNOUT, A. y MEILLET, A. (1951). *Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine - Histoire des mots*. 3^a ed. révue, corrigée et augmenté d'un index. Paris: Klincksieck.

⁶³ *Peregrinus* significaba "el que viene a través del campo" (*per agros*), "de allende". RAMOS, *op. cit.*, p. 876.

⁶⁴ MÉNDEZ CHANG, E. (1996). "La noción de extranjero en el Derecho Romano." En *Ius et Veritas*, VII (12), p. 185 ss.

⁶⁵ BURDESE, A., *op. cit.*, p. 22; LAVALLETTE, S., *op. cit.*, p. 6; LEWIS y SHORT, *op. cit.*

⁶⁶ Véase la traducción de la *Constitutio Antoniniana* en: DONATI GIACOMINI, P. y POMA, G. (1996). *Cittadini e non cittadini nel mondo antico, Guida ai testi e ai documenti*. Bologna: CLUEB, p. 167.

⁶⁷ MAROTTA, V. (2009). *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C), Una sintesi*. Torino: Giappichelli, p. 122.

extranjero que se encontraba fuera del mundo romano,⁶⁸ el viajero o quien ocasionalmente se encontraba en el territorio romano.⁶⁹

IV. b. Hostis como enemigo del pueblo romano

Mientras el concepto originario de *hostis* pasó al *peregrinus*, se afirmó que el significado de *hostis* fue *perduellis* (enemigo público) en las fuentes romanas a partir del siglo I a. C. Este cambio se produjo en un contexto histórico distinto al existente cuando se elaboró la Ley de las XII Tablas (siglo V a. C.): Roma había dejado de ser una ciudad en la península itálica y se había convertido en una potencia hegemónica regional con proyección universal.

A continuación, se analizarán las fuentes romanas que sustentan la modificación del significado de *hostis*, se precisarán estos cambios y se señalará la relación de este término con *perduellis*.

IV. b. 1. Hostis se convirtió en perduellis

Con un lenguaje colorido y de forma contundente, Cicerón dio cuenta de la modificación del significado de *hostis* en *De officiis*:

*Cic. De off. 1. 12. 37:*⁷⁰ «*Equidem etiam illud animadverto, quod, qui proprio nomine perduellis esset, is hostis vocaretur, lenitate verbi rei tristitiam*

⁶⁸ CATALANO, P. (1990). *Diritto e Persone*. Torino: Giappichelli, p. 71.

⁶⁹ Los *peregrini* fueron considerados externos al mundo romano o que eran ajenos a la ciudad: GAUDEMET, J. (1958). "L'étranger au Bas-Empire". En *Recueil de la Société Jean Bodin*. IX - L'étranger, p. 211; E. MÉNDEZ CHANG, *op. cit.*, p. 384.

⁷⁰ *Cic. De off. 1. 12. 37*: "Además, yo advierto también que al que propiamente se debía llamar enemigo le llamaban extranjero, mitigando con la palabra tan benigna lo odioso de la acción. Porque entre nuestros pasados [*sic*] equivalía la palabra *hostis* a lo que entre nosotros suena la voz *peregrinus*. Esto indican aquellas palabras de las Doce Tablas: El día señalado al forastero para comparecer en juicio. Y en otro lugar: Contra el forastero siempre queda el derecho de

mitigatam. Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus. Indicant duodecim tabulae: "aut status dies cum hoste", itemque: "adversus hostem aeterna auctoritas." Quid ad hanc mansuetudinem addi potest, eum, quicum bellum geras, tam molli nomine appellare? Quamquam id nomen durius effect iam vetustas; a peregrino enim recessit et proprie in eo, qui arma contra ferret, remansit.»⁷¹

En este texto, Cicerón planteó que *hostis* había adquirido un nuevo significado con una connotación claramente negativa porque se trataba del extranjero que era un enemigo (*perduellis*). De esta manera, *hostis* se apartó de su significado originario, que era congruente con su etimología (*hostire, hospitium*), contenido que el destacado orador consideró inadecuado por ser benigno o positivo. Además, era un extranjero enemigo del pueblo romano (*populus romanus*) y, por ello, público. La enemistad del *hostis* se expresaba a través de una conducta concreta: alzarse en armas contra el pueblo romano por estar en guerra (*bellum*). Este odioso e injusto comportamiento fue rechazado por Cicerón. De este modo, *hostis* adquirió un nuevo significado: extranjero enemigo público (*perduellis*), el enemigo de guerra.⁷²

En la misma línea de lo planteado por Cicerón, Varrón señaló en su *De lingua latina* lo siguiente: “[...] *neque omnis origo est nostrae linguae e*

dominio en el ciudadano. ¿Qué más puede añadir esta suavidad; llamar tan benignamente a aquel contra quien se toman las armas? Mas ya se ha hecho odioso con el tiempo este nombre, porque olvidada la primera significación de forastero, ha quedado sólo para el que toma las armas contra nosotros” CICERÓN, *op. cit.*, p. 25.

⁷¹ *Ídem*.

⁷² Respecto al *hostis* como enemigo de guerra, véase: BONA, *op. cit.*, p. 254; DUSENBURY, *op. cit.*, p. 437; ERNOUT y MEILLET, *op. cit.*; DE VISSCHER, F. (1956). “Droit de capture et postliminium in pace”. En *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité (RIDA)*. 3^e Série. Tomo II, p. 224 s.; JÖRS, P. (1937). *Derecho Privado Romano*. Traducción de la segunda edición alemana por J. Prieto Castro. Barcelona: Labor, p. 82; WERNER, W. (2004). “From Justus Hostis to Rogue State the Concept of the Enemy in International Legal Thinking”. En *International Journal for the Semiotics of Law*, 17, p. 157. Con relación a los más famosos enemigos de Roma, véase MATYSZAK, P. (2009). *The enemies of Roma. From Hannibal to Attila the Hun*. New York: Thames & Hudson.

vernaculis verbis, et multa verba aliud nunc ostendunt, aliud ante significabant, ut hostis: nam turn eo verbo dicebant peregrinum qui suis legibus uteretur, nunc dicunt eum quem tum dicebant perduellem”.⁷³ (Varr. *D. l. lat.* 5. 3).⁷⁴ Resulta interesante que Varrón haya planteado que las palabras cambian de significado a través del tiempo. Esto se debe a que son expresiones culturales y sociales vivas que se van adaptando a las distintas situaciones que se presentan; por ello, se subrayó la importancia de entenderlas en su contexto histórico. Asimismo, coincidió con lo afirmado por Cicerón: el concepto de *hostis* se modificó y, de ser el extranjero que usaba sus propias leyes (*qui suis legibus uteretur*), pasó a ser el *perduellis*, el enemigo del pueblo romano, lo cual fue reiterado en Varr. *D. l. lat.* 7. 49: “*Perduelles dicuntur hostes...*”.⁷⁵ Sin embargo, no mencionó que el *hostis* era el enemigo de guerra.

Por su parte, Festo también señaló que se dejó el significado originario de *hostis* (Festo *S. V. status dies*) y afirmó que era el extranjero enemigo público o *perduellis* en Festo *S. V. hostis*: “*Hostis, apud antiquos peregrinus dicebatur, et qui nunc hostis, perduellio*”.⁷⁶

A partir de *Cic. De off.* 1. 12. 37, Varr. *D. l. lat.* 5. 3 y 7. 49 y Festo *S. V. hostis*, se constata que se produjo una modificación del significado de *hostis*: era el enemigo del pueblo romano o *perduellis*.⁷⁷ No obstante, Cicerón mencionó también que era el enemigo de guerra.

⁷³ VARRÓN, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁴ Varr. *D. l. lat.* 5. 3: “...ni todo origen viene de palabras indígenas de nuestra lengua, y muchas palabras indican ahora una cosa y antes significaban otra, como *hostis*, pues en otro tiempo con esta palabra daban denominación al extranjero que utilizaba sus propias leyes y ahora dan denominación al que entonces le daban la de *perduellis*: enemigo”. VARRÓN, *op. cit.*, p. 154.

⁷⁵ VARRÓN, *op. cit.*, p. 314.

⁷⁶ Festo *S. V. hostis*: “*Hostis, chez les anciens, signifiait étranger; et l'ennemi, que nos appelons maintenant hostis, était appelé perduellio*”. FESTUS, *op. cit.*, p. 175.

⁷⁷ Al respecto, Petit se mostró favorable de este cambio y afirmó: “...afortunadamente, el lenguaje se modifica; *hostes* (sic) significa el enemigo ...”. PETIT, *op. cit.*, p. 115. Sobre este cambio de significado, véase: BAVIERA, *op. cit.*, p. 110; CHAMIE GANDUR, *op. cit.*, p. 427; LAVALLETTE, *op. cit.*, p. 6; MAGDELAIN, *op. cit.*, p. 421; MOMMSEN, *op. cit.*, p. 341; G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 136; RAMOS, *op. cit.*, p. 868; SIRKS, *op. cit.*, p. 234; LEWIS y SHORT, *op. cit.*

Si bien las fuentes romanas señalan que el *hostis* pasó a ser el enemigo público o *perduellis* desde el siglo I a. C., a veces este término fue utilizado sin la precisión antes mencionada. Un ejemplo se encuentra en una carta de Cicerón que es anterior a la elaboración de *De officiis* (44 a. C.). En sus *Epistulae ad Familiares*, Cicerón se refirió a *hostis* en una misiva dirigida a Gneo Pompeyo Magno en la primavera del 62 a. C.:⁷⁸ “...sed hoc scito, tuos veteres hostis, novos amicos, vehementer litteris percultos atque ex magna spe deturbatos iacere...”⁷⁹ (*Cic. Fam.* 5. 7. 1).⁸⁰ De esta manera, Cicerón hizo la contraposición de *veteres hostis* respecto a *novos amicos* para referirse a la gente que se encontraba en el entorno de Pompeyo, quienes, de haber sido sus opositores políticos, se habían convertido en sus nuevos amigos. Sin embargo, cuando se mencionó a los *veteres hostis*, no aludió a los antiguos enemigos del *populus romanus* como, por ejemplo, los cartagineses liderados por Aníbal Barca en la Segunda Guerra Púnica.⁸¹ En efecto, Cicerón se refirió a los adversarios o rivales personales (*inimicus*)⁸² de Pompeyo. Para Gruen,⁸³ estos *veteres hostes* fueron los ciudadanos romanos que fueron las víctimas de las proscripciones de Sila, quienes también se opusieron a los *optimates*, la facción política Pompeyo. Posteriormente, se volvieron sus partidarios (*novi amici*) porque cifraban sus esperanzas

⁷⁸ GRUEN, E. S. (1970). “Veteres Hostes, Novi Amici”. En *Phoenix*, 24(3), p. 237.

⁷⁹ CICERÓN, M. T. (1901). *M. Tulli Ciceronis Epistulae ad Familiares*. Curado por L.C. Purser. Oxonii, vol. I. Recuperado de: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0009%3Abook%3D5%3Aletter%3D7>

⁸⁰ *Cic. Fam.* 5. 7. 1: “[...] Lo que te sé decir es, que tus antiguos enemigos y nuevos amigos, han desmayado mucho con tu carta, y como gente derribada de una gran esperanza ...” CICERÓN, *op. cit.*, p. 16 s.

⁸¹ Sobre la Segunda Guerra Púnica, véase: LIVIO, T. (1992). *La Historia de Roma, La Segunda Guerra Púnica*. Traducido por A. Ramírez de Verger, J. Fernández Valverde, J. Solís y F. Gasco. Madrid: Alianza. También A. Goldsworthy, *The Punic Wars*, London, 2001.

⁸² Para Dusenbury, Carl Schmitt sostuvo que el concepto de *hostis* en el derecho romano estuvo alineado con *polémios* (enemigo público) y lo distinguió del *inimicus*, que se relacionó con *ekhthros*, el adversario o enemigo privado. DUSENBURY, *op. cit.*, p. 435

⁸³ GRUEN, *op. cit.*, p. 243.

en mejorar su situación con las acciones que éste tomara.⁸⁴ Sin embargo, Mitchell⁸⁵ cuestionó lo planteado por Gruen porque consideró que los *veteres hostes* serían los líderes políticos *populares* y opositores de Cicerón, quienes habían cuestionado sus propuestas agrarias⁸⁶ del año 63 a. C., y no se trataba del grupo de ciudadanos afectados por la represión del dictador Sila. En efecto, las palabras en esta carta no fueron empleadas técnicamente, ya que expresaban el profundo disgusto y menosprecio de Cicerón frente a aquellos que cambiaban de bando y que, pese a haberse comportado como adversarios de Pompeyo, ahora le declaraban su amistad.⁸⁷ Además, le hacía una advertencia para que el general tuviera presente la falsedad de algunos de sus actuales seguidores. No obstante, si se deja de lado el tono y la finalidad de la expresión *veteres hostes* en la epístola de Cicerón, se podría decir que *hostis* ya era entendido como el enemigo en el año 62 a. C.

A partir del análisis de *Cic. Fam. 5. 7. 1*, se puede concluir que el *hostis* no era considerado el adversario, rival u opositor de un individuo porque esta animadversión o la hostilidad en una relación interpersonal o entre particulares era de naturaleza privada. De allí que el enemigo privado⁸⁸ fue el *inimicus*⁸⁹ y no el *hostis*, que era el enemigo público.

El significado de *hostis* como *perduellis* también se señaló en un fragmento que se encuentra en el título XVI *De verborum significatione* (Del significado

⁸⁴ GRUEN, *op. cit.*, p. 243; MITCHELL, T. (1975). "Veteres Hostes, novi amici (Cic. fam. V. 7, 1)" En *Historia: Zeitschrift Für Alte Geschichte*, 24(4), p. 619.

⁸⁵ MITCHELL, *op. cit.*, p. 620.

⁸⁶ SAGE, E. T. (1921). "Cicero and the Agrarian Proposals of 63 b. C." En *The Classical Journal*, 16(4), p. 230 ss.

⁸⁷ MITCHELL, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁸ D'ANGELO, V. (2015). "Hostis ante portas. El poder, la guerra y la figura del enemigo en las relaciones internacionales." En *Revista UNISCI*, 38, p. 40; DUSENBURY, *op. cit.*, p. 436; PATURET, A. (2019). "Du bois, une cagoule en peau de loup, des verges sanguines, un sac et un bestiaire: quelques remarques sur le châtiment réservé au parricide dans le monde romain." En *International Journal for Semiotics of Law*, 32, p. 260.

⁸⁹ DUSENBURY, *op. cit.*, p. 436; LEWIS y SHORT, *op. cit.*

de las palabras) del Libro 50 del Digesto: “*Quos nos «hostes» appellamus, eos veteres «perduelles» appellabant, per eam adiectionem indicantes, cum quibus bellum esset*”⁹⁰(D. 50. 16. 234. pr.). Si bien no hace mención al significado originario de *hostis*, este fragmento reiteró lo señalado por Cicerón, Varrón y Festo al afirmar que era *perduellis* o el extranjero enemigo del *populus romanus*; además, precisó que estaba en guerra contra Roma.

De conformidad con *Cic. De off.* 1. 12. 37; *Varr. De l. lat.* 5. 3 y 7. 49; *Festo S. V. hostis y status dies*, se concluye que el significado originario de *hostis* se modificó y éste pasó a ser entendido como el extranjero que era *perduellis* o enemigo público, quien estaba en guerra contra el *populus romanus*. Este significado se encuentra en la definición del D. 50. 16. 234. pr. En la medida que las fuentes romanas consideraron al *hostis* como *perduellis*, se debe establecer si ambos eran sinónimos o si *perduellis* tuvo otros significados en el derecho romano.

IV. b. 2. Etimología de *perduellis*

Respecto a la etimología de *perduellis*, Varrón señaló lo siguiente: “*Perduelles dicuntur hostes; ut perfecti; sic perduellis, a per et duellum: id postea bellum. Ab eadem causa facta Duellona Bellona*”⁹¹(*Varr. D. l. lat.* 7. 49). En este texto se afirmó que la palabra *perduellis* fue el resultado de la conjunción de dos términos: *per* y *duellum*, que era la forma arcaica de *bellum*⁹² (guerra). Por esta palabra, se dio el nombre de Belona (*Bellona*) a la diosa de la guerra en Roma. Esta divinidad, hija de los dioses Júpiter y Juno y hermana del dios Marte, fue muy importante para el *populus romanus* y su nombre era invocado por los romanos, como sucedió antes de la Batalla del Monte Vesubio en la guerra contra los latinos en el año 339

⁹⁰ D. 50. 16. 234. pr.: “A los que nosotros llamamos «enemigos» los llamaban los antiguos *perduelles* [enemigos públicos], indicando con esta adición aquellos con quienes se estaba en guerra.”

⁹¹ VARRÓN, *op. cit.*, p. 314.

⁹² LEWIS, *op. cit.*; MAGDELAIN, *op. cit.*, p. 422; SMITH, WAYTE y MARINDIN, *op. cit.*

a. C. (*Liv. Ab urb.* 8. 9. 6).⁹³ Para Varrón, el *perduellis* era el enemigo del pueblo romano que estaba en guerra contra éste.

Sobre el *perduellis*, Festo afirmó: “*Duellum, bellum, videlicet quod duabus partibus de victoria contententibus dimicatur. Inde et perduellio, qui pertinaciter retinet bellum*”⁹⁴ (*Festo S. V. duellum*). De este modo, se estableció la estrecha conexión del *perduellis* con la guerra. Cuando se declaraba la guerra contra un pueblo extranjero, si uno de sus miembros se alzaba en armas y continuaba tenazmente (*pertinaciter retinet*) la confrontación contra los romanos, era llamado *perduellis* o enemigo de guerra.

En atención a lo afirmado por Varrón y Festo, el *perduellis* era el extranjero enemigo público de los romanos y el enemigo de guerra (*bellum*). Estos significados fueron otorgados al *hostis* y las fuentes romanas dan cuenta de ello desde el siglo I a. C.

IV. b. 3. El enemigo público

En las fuentes revisadas, se aprecia que *hostis* como *perduellis* era entendido como el extranjero enemigo del pueblo romano y, por consiguiente, público porque este adjetivo (*publicus*) provenía de la palabra *populus*⁹⁵ en latín.

Asimismo, también era llamado *perduellis* quien cometió el crimen de *perduellio*.⁹⁶

⁹³ *Liv. Ab urb.* 8. 9. 6: “Jano, Júpiter, Padre Marte, Quirino, Bellona, Lares...” [*Jane Iuppiter Mars pater Quirine Bellona Lares...*]. LIVIO, T. (2010-2011). *Historia de Roma desde su fundación. Libros I a X, De la traducción de Antonio D. Duarte Sánchez*. Recuperado de: <https://historicodigital.com/download/tito%20livio%20i.pdf>.

⁹⁴ *Festo S. V. duellum*: “*Duellum, guerre. Ce mot vient de ce que deux parties qui se disputent la victoire en viennent aux mains. De là le mot perduellio, celui qui continue opiniâtrément la guerre*”. FESTUS, *op. cit.*, p. 112.

⁹⁵ LEWIS y SHORT, *op. cit.*

⁹⁶ Mommsen afirmó que no hubo una precisión en el tipo de crimen de *perduellio* y, como ejemplo, señaló que también se consideró *perduellis* a quien retornó a territorio romano pese a haber sido expulsado de éste por un castigo (*aqua et igni interdictum*) en la época del cónsul y dictador Lucio Cornelio Sila. MOMMSEN, *op. cit.*, p. 344; 348 s.

era el traidor⁹⁷ al pueblo romano y quien realizó un acto de hostilidad contra Roma,⁹⁸ sea en el marco de una guerra declarada o no. Al respecto, Magdelain sostuvo que “*Perduellio est l'état de perduellis*”.⁹⁹

El crimen de *perduellio* era cometido por un ciudadano romano que atentaba contra el *populus romanus*, aquel que lo traicionaba. Luego de ser juzgado, el culpable recibía un castigo muy severo. Mommsen¹⁰⁰ sostuvo que este crimen era antiguo porque existía desde los tiempos del *rex* Rómulo, el fundador de la ciudad; también castigaba las graves ofensas de naturaleza religiosa.¹⁰¹ Para el juzgamiento de los presuntos criminales, se designaban dos ciudadanos romanos llamados *duumviri capitales, perduellionis*¹⁰² o *duumviri perduellioni iudicandae*,¹⁰³ quienes también estaban facultados para decretar la pena de muerte para el culpable, la cual se hacía efectiva de manera ritual y sumamente cruenta: se le azotaba públicamente y luego se procedía a ahorcarlo de un árbol o a arrojarlo desde lo alto de la roca Tarpeya. En algunos casos se les aplicó la pena del saco (*poena cullei*), que era el castigo de los parricidas.¹⁰⁴

⁹⁷ SIRKS, *op. cit.*, p. 234. Para Mommsen, ser traidor lo convertiría en un enemigo público. MOMMSEN, *op. cit.*, p. 333.

⁹⁸ MOMMSEN, *op. cit.*, p. 333 ss.

⁹⁹ MAGDELAIN, *op. cit.*, p. 422.

¹⁰⁰ MOMMSEN, *op. cit.*, p. 342.

¹⁰¹ Este crimen afectaba la *pax deorum* y, por ello, requería una sanción severa que sirva de expiación de la violación religiosa. ESPINOSA ARDILA, M. C. (2018). “El Apaleamiento en Roma durante el 133 a. C.”. En *Derecho Penal y Criminología*, 39(107), p. 96.

¹⁰² MOMMSEN, *op. cit.*, p. 333. No obstante, Magdelain sostuvo que el proceso ante los *duumviri perduellionis* no existió ya que este fue “une invention del’annalistique au même titre que la loi qui les institue.” MAGDELAIN, *op. cit.*, p. 413.

¹⁰³ SMITH, WAYTE y MARINDIN, *op. cit.*

¹⁰⁴ Egmond sostuvo que hay referencias de la aplicación de la pena del saco (*poena cullei*) o la sanción jurídico-ritual para el castigo de los parricidas a quienes cometían el crimen de *perduellio*. Para sustentar su posición, mencionó los siguientes casos en los que los condenados fueron lanzados en un saco con animales y murieron ahogados: el *dunviro* Marco Atilio durante el reinado de Tarquino el Soberbio, Lucio Hostius durante la Segunda Guerra

Durante la República, la traición al pueblo romano dio lugar a dos crímenes: *perduellio* y *maiestatis populi Romani imminutae*, también llamado *crimen maiestatis*,¹⁰⁵ porque protegía la *maiestas* del pueblo romano. En cuanto a la relación entre ambos, el *crimen maiestatis* incluía a los supuestos de actos de hostilidad o afectación a la *maiestas* del *populus romanus*, entre los que se encontraba el crimen *perduellio*.¹⁰⁶ De allí que el *perduellis* era el ciudadano romano que cometía una vulneración grave y específica contra Roma por la que era sancionado.

En el Principado y el Imperio, el *crimen maiestatis populi Romani imminutae* se refirió a conductas que se organizaron en dos ejes: los ataques contra la seguridad pública en general y la traición.¹⁰⁷ En este último supuesto, se trataba de ofensas dirigidas al pueblo romano y, en especial, contra la persona del Príncipe o Emperador, gobernante que había adquirido una posición privilegiada con una mayor concentración de poder que los magistrados en la República. El condenado por *perduellio* recibía una pena muy severa por la comisión de este crimen.

En el Digesto, se encontraron también estos dos ejes sobre las conductas que llevaban a la comisión del *crimen maiestatis*: atentar contra la seguridad el pueblo romano y traicionar a éste, así como al Príncipe o Emperador. La diferencia entre el *crimen maiestatis* y el crimen de *perduellio* fue

Púnica y Gaius Villius, amigo de Tiberio Sempronio Graco. EGMOND, F. (1995). "The Cock, the Dog, the Serpent, and the Monkey. Reception and Transmission of a Roman Punishment, or Historiography as History". En *International Journal of the Classical Tradition*, 2(2), p. 173. Sobre la pena de muerte y cómo era aplicada al culpable del crimen de *perduellio*, véase: ESPINOSA ARDILA, *op. cit.*, p. 84 s.; MAGDELAIN, *op. cit.*, p. 420; MOMMSEN, *op. cit.*, p. 343; SIRKS, A. J. B. (2013). "Furtum and manus/potestas". En *Legal History Review*, 81(3/4), p. 477 s.; PECK, *op. cit.*

¹⁰⁵ MOMMSEN, *op. cit.*, p. 341. Sobre el crimen *maiestatis*, véase: MCKNIGHT, E. (2017). "Offences against the Res Publica: The Role of Public Interest Arguments in Cicero's Forensic Speeches". En *Hague Journal on the Rule of Law*, 9, p. 247 s.; SMITH, WAYTE y MARINDIN, *op. cit.*

¹⁰⁶ SMITH, WAYTE y MARINDIN, *op. cit.*; MOMMSEN, *op. cit.*, p. 342.

¹⁰⁷ SMITH, WAYTE y MARINDIN, *op. cit.*

mencionada en D. 48. 4. 11: “[...] *Plane non quisque legis Iuliae maiestatis reus est, in eadem conditione est, sed qui perduellionis reus est, hostili animo adversus rempublicam vel Principem animatus...*”.¹⁰⁸ En este fragmento se diferenció el crimen de *perduellio* (*qui perduellionis reus est*) de las demás ofensas dirigidas al pueblo romano establecidas por la *lex Iulia maiestatis*. Quien cometía el crimen de *perduellio* era el ciudadano romano que se comportaba voluntaria y decididamente con un ánimo hostil contra el pueblo romano, el Príncipe o Emperador (*hostili animo adversus rempublicam vel Principem animatus*). Esta conducta revestía gravedad porque se realizaba con ánimo de perjudicar tanto al *populus romanus* como a su gobernante y se afectaba la *res publica*.¹⁰⁹ Por ello, era reo del crimen de *perduellio* el ciudadano romano que cometía traición y tenía un ánimo hostil contra el *populus romanus*. Cuando era condenado, se convertía en *perduellis* y, por ello, era un enemigo público.

En el Digesto, se estableció también la diferencia entre *hostis* y *perduellis* porque se les mencionó con una disyunción (*vel*) en D. 3. 2. 11. 3: “*Non solent autem lugeri, ut Neratius ait, hostes vel perduellionis damnati...*”.¹¹⁰ Este fragmento permite constatar que *hostis* y *perduellis* contaron con significados distintos y, por ello, no eran sinónimos. En cuanto a *hostis*, sería el enemigo público que estaba en guerra contra el pueblo romano. *Perduellis* sería también el condenado por haber cometido el crimen de *perduellio* de conformidad con D. 48. 4. 11.

A partir de la revisión de las fuentes, se ha constatado que *hostis* y *perduellis* coincidían al referirse al extranjero enemigo del pueblo romano que estaba en guerra contra éste. Ésta fue la acepción de *perduellis* que correspondía a *hostis* en *Cic. De off.* 1. 12. 37; *Varr. De l. lat.* 5.3 y 7.49; *Festo S. V. hostis* y D. 50. 16. 234. pr. Sin embargo, *perduellis* tenía también otro significado:

¹⁰⁸ D. 48. 4. 11: “[...] Mas ciertamente no todo el que es reo de lesa majestad por la Ley Julia se halla en la misma condición, sino el que es reo de lesa majestad [*perduellionis reus*], estando animado de intención hostil contra la república ó el Príncipe...”

¹⁰⁹ MAGDELAIN, *op. cit.*, p. 421.

¹¹⁰ D. 3. 2. 11. 3: “Mas no se suele guardar luto, según dice Neracio, por los enemigos o los condenados por crimen de lesa majestad [*perduellionis*]...”

el condenado por el crimen de *perduellio*; éste no fue atribuido a *hostis*. Este crimen era cometido por los ciudadanos romanos cuando se traicionaba¹¹¹ o se realizaba un acto de hostilidad contra el *populus romanus*.¹¹² No era necesario que estos actos se dieran en el marco de una guerra declarada.

En conclusión, *hostis* pasó a tener el mismo significado de *perduellis* en el siglo I a. C. en cuanto era el extranjero enemigo público, aquel que estaba en guerra contra el pueblo romano. Sin embargo, *hostis* no asumió el otro significado atribuido a *perduellis*: el condenado por el crimen de *perduellio*.

IV. b. 4. El enemigo de guerra

Como se señaló anteriormente, Cicerón afirmó que el *hostis* era el enemigo de guerra y expresó el carácter negativo de este nuevo significado en *Cic. De off.* 1. 12. 37: “[...] *Quamquam id nomen durius effect iam vetustas ...qui arma contra ferret, remansit*”.¹¹³ Por su parte, Varrón mencionó que era el enemigo de guerra en *Varr. D. l. lat.* 5. 33:¹¹⁴ “*Ut nostri augures publici disserunt, agrorum sunt genera quinque... hosticus dictus ab hostibus...*”.¹¹⁵ Si bien este texto no se refirió a los seres humanos, explicó el significado de *hostis* a partir de la clasificación del territorio que hicieron los augures, quienes formaban un colegio sacerdotal público en Roma.¹¹⁶ Al respecto, resulta

¹¹¹ SIRKS, *Bijnkershoek*, *op. cit.*, p. 233.

¹¹² MOMMSEN, *op. cit.*, p. 333 ss.

¹¹³ *Cic. De off.* 1. 12. 37: “[...] Mas ya se ha hecho odioso con el tiempo este nombre... ha quedado sólo para el que toma las armas contra nosotros.” CICERÓN, *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁴ *Varr. D. l. lat.* 5. 33: “Como nuestros augures públicos exponen, hay cinco tipos de territorio... El enemigo (*hosticus*) recibió su denominación a partir de *hostes* «enemigos de guerra»...” VARRÓN, *op. cit.*, p. 171 s.

¹¹⁵ VARRÓN, *op. cit.*, p. 30 ss.

¹¹⁶ PAIVA BONDIOLI, N. DE (2017). “Roman Religion in the Time of Augustus.” En *Numen: International Review for the History of Religions*, 64(1), p. 58; ROBINSON, R. (2018). “Spectacular Power in the Early Han and Roman Empires.” En *Journal of World History*, 29(3), p. 347.

relevante tener en cuenta que el *ager* (territorio, tierra, campo)¹¹⁷ tuvo como adjetivo *hosticus*¹¹⁸ (enemigo) cuando era el espacio geográfico que pertenecía a aquellos que estaban en una guerra declarada contra el pueblo romano; de allí que *hostis* significó el extranjero enemigo de guerra.¹¹⁹ A diferencia de Cicerón y Varrón, Festo no señaló que el enemigo público debía estar armado contra el pueblo romano (*Festo S. V. status dies y hostis*).

En las Instituciones de Gayo, el *hostis* fue el extranjero enemigo de guerra, quien podía capturar a un ciudadano romano y convertirlo en su esclavo (*Gai. I. 129*).¹²⁰ No obstante, el *civis romanus* podía recuperar sus derechos si regresaba al territorio romano en aplicación del *ius postliminii* (derecho de postliminio). Si la captura de un ciudadano romano la realizaba alguien que no era un enemigo de guerra, no era aplicable el *postliminium*.

En el Digesto, el *hostis* también fue considerado el extranjero enemigo de guerra en varios fragmentos. El primero es el D. 50. 16. 234. pr.: “*Quos nos «hostes» appellamus, eos veteres «perduelles» appellabant, per eam adiectionem indicantes, cum quibus bellum esset*”.¹²¹ En éste, expresamente se señaló que

¹¹⁷ LEWIS, *op. cit.*

¹¹⁸ *Ídem*.

¹¹⁹ *Hostis* era el extranjero cuyo pueblo estaba en guerra con Roma: LAVALLETTE, *op. cit.*, p. 7; DAMATI, L. (2004). *Civis ab Hostibus Captus. Profili del regime classico*. Milano: Giuffrè, p. 38 ss. Para conocer quiénes fueron enemigos de Roma a lo largo de distintas guerras, véase LIVIO, *op. cit.*; MATYSZAK, *op. cit.*

¹²⁰ *Gai. I. 129: “Quodsi ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus interim hostium fiat, pendet ius liberorum propter ius postliminii, quia hi, ab hostibus capti sunt, si reuersi fuerint, omnia pristina iura recipiunt [...]”*. GAI (1845). *Institutionum, Comentariorum IV, In códice rescripto Bibliothecae Capitularis Veronensis Nuper Repertarum*. Traducida por primera vez al castellano. Madrid, p. 48. “En el caso de que el ascendiente caiga prisionero del enemigo, aun cuando se convierta en esclavo, queda en suspenso el “*ius*” respecto de los descendientes (*ius liberorum*), en razón del “*ius postliminii*”; en efecto, aquellos que han sido tomados prisioneros por el enemigo, en el caso de que regresaren recobran todos los “*iura*” originarios (*omnia pristina iura*) [...]” GAYO (1987). *Institutas, Texto traducido, notas e introducción por Alfredo di Pietro*. 3ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 136.

¹²¹ D. 50. 16. 234. pr.: “A los que nosotros llamamos «enemigos» los llamaban los antiguos *perduelles* [enemigos públicos], indicando con esta adición aquellos con quienes se estaba en guerra.”

hostis era aquel con quien el pueblo romano se encontraba en guerra. El segundo fragmento complementa el anterior y subrayó la importancia de declarar formalmente la guerra porque, una vez producida, los extranjeros eran considerados enemigos de guerra: “*Hostes*» *hi sunt, qui nobis, aut quibus nos publice bellum decrevimus; ceteri latrones, aut praedones sunt*”.¹²² (D. 50. 16. 118). De esta manera, se distinguió al *hostis* (enemigo de guerra) de otros individuos, sean romanos o extranjeros, que podían tener intereses contrapuestos al *populus romanus*, cometían actos ilícitos y eran sancionados penalmente, como los ladrones (*latrones*), salteadores o depredadores (*praedones*).¹²³ En la misma línea, el tercer fragmento también se refirió al *hostis* como enemigo de guerra y a la necesidad de la *indictio belli* (declaración de guerra): “*Hostes sunt, quibus bellum publice Populus Romanus decrevit, vel ipsi Populo Romano, ceteri latrunculi vel praedones appellantur. [...] Ab hostibus autem captus, ut puta a Germanis et Parthis, et servus est hostium, et postliminium statum pristinum recuperate*”.¹²⁴ (D. 49. 15. 24). Finalmente, como fue establecido en *Gai.* I. 129, el ciudadano romano que era capturado por el enemigo de guerra (*hostis*) podía recuperar sus derechos si regresaba al territorio romano por el *postliminium*.

En atención a lo mencionado en las fuentes romanas, para que el *hostis* sea considerado el enemigo de guerra (*perduellis*), era necesario que el *populus romanus* haya declarado la guerra (*indictio belli*) a un pueblo extranjero.

La guerra (*bellum*) no fue cualquier conflicto o enfrentamiento armado entre comunidades en el derecho romano: ésta era una confrontación que debía ser declarada formalmente (*indictio belli*) entre los pueblos. Las acciones bélicas

¹²² D. 50. 16. 118: “«Enemigos» son los que públicamente nos declararon la guerra, o aquellos a quienes nosotros se la declaramos; los demás son ladrones, o depredadores.”

¹²³ Para Werner, cuando había una declaración de guerra, los enemigos eran considerados *justus hostes*. Esto los distinguió de los criminales (ladrones, piratas, rebeldes, entre otros) que no actuaban dentro de una guerra. WERNER, *op. cit.*, p. 158.

¹²⁴ D. 49. 15. 24: “Son enemigos aquellos a quienes el pueblo romano declaró públicamente la guerra, o los que se la declararon al pueblo romano, y los demás se llaman ladrones o salteadores. [...] Mas el aprisionado por los enemigos, como por ejemplo, por los germanos o los partos, es esclavo de los enemigos; y recupera por el postliminio su estado primitivo.”

que se llevan a cabo contaban con una regulación jurídica y los comportamientos de los combatientes romanos y *hostes* debían ajustarse a lo establecido por el *ius bellicum*.¹²⁵ De esta manera, la *bellum* en Roma se diferenció del uso de la fuerza¹²⁶ y del conflicto armado internacional (CAI),¹²⁷ expresiones empleadas en el derecho internacional contemporáneo.

Según Buono-Core,¹²⁸ la *indictio belli* no surgió con la fundación de la ciudad de Roma porque fue el *rex* Anco Marcio quien estableció el ritual para declarar la guerra según *Liv. Ab urb.* 1. 32. 5:¹²⁹ “*Ut tamen, quoniam*

¹²⁵ Sobre el *ius bellicum* como derecho aplicable a los romanos y los *hostes*, véase CONWAY, G. (2015). *EU Law*. London & New York: Routledge, p. 33; MOMMSEN, *op. cit.*, p. 343; WORMSER, R. A. *The Story of the Law and the Men who made it, From the Earliest Times to the Present. A revised and updated edition of “The Law”*. New York, p. 502. Por ello, los enemigos de guerra (*hostes*) tenía derechos y deberes que debían cumplir según D'ANGELO, *op. cit.*, p. 40.

¹²⁶ Para D'Angelo, la Paz de Westfalia (1648) reconoció al enemigo justo (*iustus hostis*) un *status*, derechos y deberes en la guerra. D'ANGELO, *op. cit.*, p. 38. Posteriormente, el artículo 2, párrafo 4, de la Carta de Naciones Unidas (1945) prohibió la amenaza o el uso de la fuerza, concepto más amplio que la guerra en el derecho internacional: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.” Por ello, Werner sostuvo que, con esta prohibición, ya no se distinguen entre *iustus hostes* y los demás criminales, como lo hacían los romanos. WERNER, *op. cit.*, p. 160.

¹²⁷ En el artículo 2 del I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (1949), se estableció lo siguiente: “Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes...”

¹²⁸ No obstante, Buono-Core subrayó el carácter agresivo y militar de Rómulo. BUONO-CORE, *op. cit.*, p. 120 s.

¹²⁹ *Liv. Ab urb.* 1. 32. 5: “Numa había instituido la práctica religiosa para tiempos de paz, él [Anco Marcio] dictaría las ceremonias apropiadas para el estado de guerra. Para que, así pues, tales guerras fueran no solo dirigidas sino proclamadas con cierta formalidad, dictó la ley, tomada de la antigua nación de los equícolas, con la que los Feciales se conducen hasta hoy cuando requieren la reparación por daños.” LIVIO, *op. cit.*

Numa in pace religiones instituisset, a se bellicae caerimoniae proderentur, nec gererentur solum sed etiam indicerentur bella aliquo ritu, ius ab antiqua gente Aequiculis, quod nunc fetiales habent, descripsit, quo res repetuntur.¹³⁰ La ceremonia de declaración de guerra (*bellicae caerimoniae*)¹³¹ era solemne, contenía elementos religiosos y jurídicos,¹³² y era llevada a cabo por los *fetiales*, un grupo sacerdotal romano que era liderado por el *pater patratus*.¹³³ La fórmula ritual de la declaración de guerra (*indictio belli*) fue narrada con detalle por Tito Livio en *Liv. Ab urb.* 1. 32. 6-14 y se puede resumir de la siguiente manera: el *legatus* o *nuntius* se dirigía a un pueblo extranjero y, al llegar a la frontera, hacía una invocación ritual (*audi, Iuppiter, audite, fines*) para luego exigirle la entrega de las cosas (*res*) o los individuos con los que sería satisfecha la demanda del *populus romanus* (*Liv. Ab urb.* 1. 32. 6-7).¹³⁴ El *legatus* señalaba que, de no realizarse la entrega en el plazo

¹³⁰ *Liv. Ab urb.* 1. 32. 5: LIVY (1914). *Ab urbe condita (Books I-V)*. Curado por R. S. Conway y C. F. Walters. Oxford: Oxford University Press. Recuperado de: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0160%3Abook%3D1%3Achapter%3D32%3Asection%3D5>.

¹³¹ TURELLI, G. (2015). "Fetialis religio. Una riflessione su religione e diritto nell'esperienza romana." En *Religione e Diritto Romano. La cogenza del rito*. Curado por S. Randazzo. Tricase : Libellula, p. 469.

¹³² Para Amato, "Il rito dei feziali chiama a raccolta gli dei, ma attraverso tutta una serie di condizioni giuridiche: è più una giuridicizzazione che una divinizzazione del conflitto." AMATO, S. (2015). "Meritoquis sacerdos appellet." En *Religione e Diritto Romano. La cogenza del rito*. Curado por S. Randazzo. Tricase: Libellula, p. 10.

¹³³ Sobre los rituales de celebración del *foedus* e *indictio belli* realizados por los *fetiales*, véase: DAL RI, L. (2011). *Ius Fetiale, As origens do Direito Internacional no universalismo romano*. Ijuí: Unijuí; TURELLI, G. (2011). "Audi Iuppiter", *Il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana*. Milano: Giuffrè; MÉNDEZ CHANG, E. (1997). "El *Ius Fetiale* como derecho supranacional vigente para Roma y los demás pueblos". En *Revista del Magíster en Derecho Civil*, I, p. 37 ss.

¹³⁴ *Liv. Ab urb.* 1. 32. 6-7: "Legatus ubi ad fines eorum venit unde res repetuntur, capite velato filo - lanae velamen est - «Audi, Iuppiter» inquit; «audite, fines» - cuiuscumque gentis sunt, nominat -; «audiat fas. Ego sum publicus nuntius populi Romani; iuste pieque legatus venio, verbisque meis fides sit.' Peragit deinde postulata.». Peragit deinde postulata. Inde Iovem at

otorgado, el *populus romanus* declararía la guerra al pueblo extranjero porque el incumplimiento de esta obligación sagrada era muy grave (*iniuste impieque*). Este reclamo se realizaba formalmente invocando a los dioses: “*Audi, Iuppiter, et tu, Iane Quirine, dique omnes caelestes, vosque terrestres vosque inferni, audite*” (*Liv. Ab urb.* 1. 32. 9-10),¹³⁵ a quienes se les ponía por testigos. De esta manera, se enfatizaba el carácter jurídico-religioso de la declaración hecha por el *legatus* porque su finalidad era recobrar la *pax* entre los hombres y la *pax deorum* que habían sido violadas. Si el pueblo extranjero no cumplía con satisfacer la demanda del *populus romanus*, los *fetiales* declaraban formalmente la guerra contra éste.

La *indictio belli* era indispensable porque, si no se realizaba, no surgía formalmente una *bellum* (guerra) entre el *populus romanus* y un pueblo extranjero. Por ello, si se producían enfrentamientos armados o luchas entre los romanos y otros pueblos sin haberse formulado esta declaración, estos no eran considerados enemigos de guerra. Además, la guerra se declaraba

testem facit: «Si ego iniuste impieque illos homines illasque res dedier <p.r.> mihi exposco, tum patriae compotem me nunquam siris esse». LIVY, *op. cit.* “El embajador venda su cabeza con una orla de lana. Cuando se ha llegado a las fronteras de la nación de la que exige satisfacción, dice, «¡Oye, Júpiter! ¡Oíd, límites! «(nombrando la nación que fuere de los que allí son)» ¡Oye, Justicia! Soy el heraldo público del pueblo romano. Con razón y debidamente autorizado vengo; sea dada fe a mis palabras». Luego recita los términos de la demanda, y pone a Júpiter por testigo: «Si exijo la entrega de tales hombres o tales bienes en contra al contrario de la justicia y la religión, no me permitas disfrutar nunca más de mi tierra natal.» LIVIO, *op. cit.*

¹³⁵ *Liv. Ab urb.* 1. 32. 9-10: “*Audi, Iuppiter, et tu, Iane Quirine, diique omnes caelestes, vosque terrestres, vosque inferni, audite: ego vos testor populum illum*» – *quicumque est, I nominat* – «*iniustum esse neque ius persolvere. Sed de istis rebus in patria maiores natu consulemus, quo pacto ius nostrum adipiscamur*». *Tum [...] nuntius Romam ad consulendum redit*” LIVY, *op. cit.* “¡Escucha, Júpiter, y tú, Jano Quirino, y todos vosotros, dioses celestiales, y vosotros, dioses de la tierra y del mundo inferior, oídme! Os pongo por testigos de que este pueblo» (mencionan su nombre) «es injusto y no cumple con sus obligaciones sagradas. Pero sobre estas cuestiones, debemos consultar a los ancianos en nuestra propia tierra sobre en qué manera podemos obtener nuestros derechos.» LIVIO, *op. cit.*

a los pueblos extranjeros porque no procedía la *indictio belli* contra las comunidades conformadas por los ciudadanos romanos. En las fuentes romanas, se encuentran declaraciones de guerra dirigidas a los gobernantes de pueblos extranjeros como, por ejemplo, al rey Filipo V de Macedonia en el 200 a. C. (*Liv. Ab urb.* 31. 8. 3: “... *bellum quod indiceretur regi Philippo utrum ipsi utique nuntiari iuberent...*”)¹³⁶ y al rey Antiocho III de Siria en el 191 a. C. (*Liv. Ab urb.* 36. 3. 7-12: “...*Consul deinde M. Acilius ex senatus consulto ad collegium fetialium rettulit, ipsine utique regi Antiocho indiceretur bellum...*”).¹³⁷

A partir de la *indictio belli*, los miembros del pueblo extranjero contra el cual se había producido esta declaración dejaban de ser los extranjeros que tenían una relación pacífica con los romanos (antiguamente, el significado originario de *hostes*; luego, *peregrini*) para convertirse en los extranjeros enemigos de guerra (*hostes, perduelles*). En consecuencia, los enemigos de guerra (*hostes*) dejaban de gozar de muchos de los derechos que existían cuando su pueblo tenía relaciones pacíficas con el *populus romanus*: se les aplicaba el *ius bellicum*, el *ius gentium* y otras normas del derecho romano. A modo de ejemplo, el extranjero enemigo de guerra del pueblo romano dejaba de tener derechos sobre sus cosas (*res*) porque *res hostium* (cosa del enemigo) era considerada *res nullius* y se adquiría por ocupación (*occupatio bellica*) (*Gai.* II. 69¹³⁸ y IV. 16;¹³⁹ D. 41. 1. 5. 7;¹⁴⁰ D. 41. 2.

¹³⁶ Sobre la declaración de guerra contra el rey Filipo V de Macedonia realizada por los *fetiales*, véase el comentario de TURELLI, *op. cit.*, p. 481 ss.

¹³⁷ Sobre los aspectos jurídicos, políticos y religiosos de esta declaración de guerra realizada por los *fetiales* contra el rey Antiocho III de Siria, véase: TURELLI, *op. cit.*, p. 484 ss.

¹³⁸ *Gai.* II. 69: “*Ea quoque, quae ex hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt*”. *GAI*, *op. cit.*, p. 98. “También aquellas cosas que aprehendemos a los enemigos, son nuestras por la razón natural (*naturalis ratio*)”. *GAYO*, *op. cit.*, p. 243.

¹³⁹ *Gai.* IV. 16: 4: “[...] *iusti domini; maxime (enim) sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent...*” *GAI*, *Institutionum*, *op. cit.*, p. 262. “[...] se consideraba que el dominio más justo era el de las cosas que se tomaban a los enemigos [...]”. *GAYO*, *op. cit.*, p. 636.

¹⁴⁰ D. 41. 1. 5. 7: “*Item quae ex hostibus capiuntur, iure gentium statim capiuntur fiunt...*”. “Asimismo, las cosas que se cogen a los enemigos se hacen al punto por derecho de gentes de los que las cogen.”

1. 1;¹⁴¹ I. 2. 1. 17¹⁴²). Por ello, la titularidad de la *praeda bellica* (botín de guerra), obtenida a través de una acción comunitaria en una guerra declarada, correspondía al pueblo romano.¹⁴³ Otro ejemplo es el *ius postliminii*,¹⁴⁴ que se aplicaba a favor de los ciudadanos romanos cuando eran capturados por los enemigos de guerra (*Gai.* I. 129; D. 49. 15. 24). El ciudadano romano que era prisionero de un enemigo de guerra podía recuperar sus estados, derechos y obligaciones si es que volvía al territorio romano o, como se estableció en D. 49. 15. 19. 3,¹⁴⁵ ingresaba a una comunidad asociada o amiga de Roma. Si su cautiverio era por otro motivo, no tenía el *ius postliminii*.

En conclusión, *Cic. De off.* 1. 12. 37, *Varr. D. l. lat.* 5. 33, *Gai.* I. 129, D. 49. 15. 24, D. 50. 16. 118 y D. 50. 16. 234. pr. coincidieron en señalar que *hostis* era el extranjero enemigo de guerra¹⁴⁶ del *populus*

¹⁴¹ D.41.2.1.1: “[...] *Item bello capta... eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est*”. “[...] Asimismo, las cosas cogidas en la guerra... se hacen del que primero alcanzó su posesión”

¹⁴² I. 2. 1. 17: “*Item ea, quae ex hostibus capimus, iure gentium statim nostra fiunt...*” “Igualmente las cosas que cogemos a los enemigos se hacen al punto nuestras por derecho de gentes...”

¹⁴³ “..el fundamento por el cual el pueblo romano hace suyos los bienes capturados es el ser consciente de la condición de comunidad autónoma que está *in potestate sua* y que, como tal, tiene el poder que antes tenía la comunidad vencida sobre los bienes que componen el botín de guerra para convertirlos en patrimonio propio.” PIQUER-MARÍ, J. M. (2017). “La titularidad pública de la *praeda bellica* durante la República romana.” En *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 17, p. 178.

¹⁴⁴ RAUH, S. H. (2015). “The tradition of suicide in Rome's foreign wars.” En *Tapa*, 145(2), p. 400.

¹⁴⁵ D. 49. 15. 19. 3: “*Postliminio rediisse videtur, quum in fines nostros intraverit, sicuti amittitur, ubi fines nostros excessit. Sed et si in civitatem sociam amicamve, aut ad regem socium vel amicum venerit, statim postliminio rediisse videtur, quia ibi primum nomine publico tutus esse incipiat*”. “Se considera que uno volvió por el postliminio cuando hubiere entrado en nuestros confines, así como es perdido luego que salió de nuestros confines. Mas también si hubiere ido a una ciudad asociada o amiga, o a la residencia de un rey asociado o amigo, se considera que inmediatamente volvió por el postliminio, porque allí comienza primeramente a estar seguro a nombre público”.

¹⁴⁶ Sobre el cambio del significado de *hostis* como enemigo de guerra y sus consecuencias,

romanus, siempre que se haya realizado la *indictio belli* contra ese pueblo extranjero.

V. A modo de conclusión

Como señaló Varrón, las palabras van cambiando de significado en función del contexto histórico. Esto sucedió con *hostis*, término que fue utilizado desde los primeros siglos de Roma y se encuentra también en el *Corpus Iuris Civilis* del emperador Justiniano I.

A partir de la revisión de las fuentes romanas, se ha constatado que el *hostis* fue el extranjero. Esta palabra tuvo su origen los términos *hostire* y *hospitium*, que enfatizaron su participación *pari iure* en el sistema jurídico romano. Por ser un extranjero que tenía relaciones pacíficas con los romanos, este término tuvo una connotación positiva. Sin embargo, sufrió un cambio de significado muy importante, lo cual está mencionado en las fuentes romanas desde el siglo I a. C.: en primer lugar, el *hostis* dejó de tener su significado originario y éste pasó al *peregrinus*, quien fue el extranjero que tenía una relación pacífica con el *populus romanus* y participaba *pari iure* del sistema jurídico romano. En segundo lugar, el *hostis* adquirió un nuevo significado que tuvo una connotación negativa, como lo mencionó Cicerón, y fue entendido como *perduellis* (*Cic. De off.* 1. 12. 37, *Varr. De l. lat.* 5. 3 y 7. 49; *Festo S. V. hostis*; y *D.* 50. 16. 234. pr.): el extranjero enemigo público que está en guerra contra el pueblo *romano*. El *hostis* era el enemigo público porque estaba en contra del pueblo romano. De esta manera, se le diferenció del *inimicus* (enemigo privado), que era el adversario u opositor que tenía animadversión a un individuo o a los particulares. En tercer lugar, al *hostis* no se le atribuyó otro significado que tenía la palabra *perduellis*: el condenado por el crimen de *perduellio*, acto ilícito que podía

véase también: BONA, *op. cit.* p., 254; ERNOUT y MEILLET, *op. cit.*; VISSCHER, F. DE *op. cit.*, p. 224 s. Jörs sostuvo que *hostis* es afín al alemán *gast* (equivalente al español *hoste* [sic] o huésped), que significa extraño, enemigo. JÖRS, *op. cit.*, p. 82.

ser cometido por los ciudadanos romanos fuera de un contexto de guerra. En cuarto lugar, para que un extranjero se convierta en enemigo de guerra (*hostis*) era necesario que se lleve a cabo la *indictio belli* (declaración de guerra) contra su pueblo: ésta se llevaba a cabo en una ceremonia realizada por los *fetiales*, cuyo ritual contaba con elementos jurídicos y religiosos. Si no se producía la *indictio belli*, los romanos no estaban en guerra con otro pueblo y el extranjero no era considerado *hostis* (enemigo de guerra).

Esta modificación del significado de *hostis* tuvo un impacto jurídico importante en su definición y tratamiento desde el siglo I a. C. en el derecho romano. Sin embargo, este cambio no estuvo motivado en la xenofobia ni en la discriminación hacia otros pueblos. Tampoco dejó desprotegido a los extranjeros (*peregrini*) que no estaban en guerra contra el *populus romanus*, quienes siguieron participando en el sistema jurídico romano. A partir de la experiencia romana, se concluye que *hostis* adquirió un significado preciso por encontrarse en una *bellum* (guerra) y contó con un tratamiento jurídico correspondiente.

En la actualidad, cuando algunas posiciones xenófobas o discriminatorias buscan otorgar una connotación negativa generalizada al extranjero, hay que recordar que los romanos las hubiesen rechazado porque distinguieron adecuadamente al enemigo de guerra (*hostis, perduellis*) de quien no lo era (*peregrinus*). Además, los extranjeros no fueron desprotegidos porque contaron con un tratamiento jurídico que era congruente con la situación o de guerra respectivamente. Esperemos que el legado del derecho romano contribuya a garantizar a los seres humanos, sean nacionales o extranjeros, la protección de sus derechos, el bienestar y la paz.

Un breve recorrido por algunas peculiaridades histórico-constitucionales de Inglaterra

Por Luis Rodríguez Ennes¹⁴⁷

I. Introducción y romanización

Antes de entrar de lleno en el desarrollo del tema objeto de esta conferencia, deseo transmitirles una advertencia preliminar relacionada íntimamente con su título. Y es que les sorprendería que un romanista muy veterano como este conferenciante vaya a disertar sobre cuestiones *–a priori–* tan alejadas del sentir común de su disciplina. La razón de ello es muy sencilla. Obtuve una cátedra cuyo perfil rezaba expresamente “Derecho Romano y Sistemas Jurídicos Comparados”, y a ambos contenidos he dedicado múltiples horas de reflexión y estudio. Por lo que hace al iuscomparativismo, mi atención preferente se ha dirigido hacia el mundo jurídico anglosajón: en mis años

¹⁴⁷ Doctor en Derecho (Universidad de Santiago de Compostela, España). Doctor Honoris Causa (UFLO Universidad). Catedrático Emérito de Derecho Romano y Sistemas Jurídicos Comparados (Universidad de Vigo, España). Miembro Honorífico de A DRA (Asociación Derecho Romano de la República Argentina). Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM).

aurocales como investigador, he sido becario del British Council, lo que me llevó a disfrutar de varias estancias en universidades británicas que, con el paso del tiempo, se tradujeron en invitaciones como profesor visitante en Gran Bretaña y en Estados Unidos. A mayor abundamiento, he publicado largo y tendido sobre cuestiones histórico-jurídicas anglosajonas. Fruto de esta interesada preocupación docente e investigadora, lo representa la conferencia que procedo a impartirles.

Me propongo hacer un recorrido sobre la historia de Inglaterra y, al propio tiempo, ir desgranando algunos de sus avatares constitucionales. Obviamente, la historia de cualquier pueblo de la Europa occidental debe comenzar por el período romano. Lo anterior es “prehistoria”, incluso para Inglaterra, que sigue formando parte de la Britania romanizada.

Para hablar de la romanización inglesa hay que partir de la premisa de que se trató de un proceso tardío y epidérmico. No nos olvidemos que en Hispania los romanos desembarcaron el 218 a. C. y se marcharon a principios del siglo V: en total seiscientos años de asentamiento. Por el contrario, en Britania, el primer contacto con el mundo latino tuvo lugar el 57 a. C. cuando Julio César desembarcó en las costas de Kent, probablemente porque no le interesaba tener un centro de revueltas a escasas millas de la Galia. Con todo, tuvo que regresar precipitadamente apenas transcurridos quince días para sofocar un alzamiento de los galos.

Galia Pacata, casi cien años más tarde, ningún ejército romano intentó el desembarco hasta que en el 43 d. C. lo ordenó el emperador Claudio. Empero, los romanos nunca llegaron a tener bajo su control directo a toda la isla. Fijaron la frontera entre el Solway Firth y el Tyne, que coincide justamente con la multiseccular línea de demarcación entre Inglaterra y Escocia. En el 122 esta frontera se fortificó con la famosa muralla de Adriano, que mantuvo apartados del mundo romano a los belicosos pictos y escotos. La *Hadrians's Wall* siguió siendo la frontera, como lo atestiguan sus permanentes ruinas y –al sur de ella– la actual Inglaterra vivía en paz. La integración de las guarniciones romanas con la población autóctona fue mucho menor que en Hispania o en la Galia, como lo demuestran las escasas colonias de veteranos que allí se establecieron y el pequeño tamaño de las pocas ciudades. No nos olvidemos de que el clima y los cultivos mediterráneos, fundamentalmente la tríada vid, trigo y olivo, constituían

la base de la alimentación de los romanos que, lógicamente, eran mucho más proclives a establecer colonias y municipios en territorios con facilidad para esos cultivos. Dicho claramente: Britania no era un vergel. Prueba de ello lo constituye sin duda el nombre de *Hibernia*, que le adjudicaron a la actual isla de Irlanda. La parca vertebración urbana del territorio británico nos explica que cuando en el siglo V las legiones abandonaron la isla para fortificar el Rin, los germanos invasores procedentes del área entre Sajonia y Jutlandia (de donde provenían los anglos) no encontraron apenas resistencia. Así las cosas, el nombre de Britania fue sustituido por *England* y la denominación “anglosajón” pasó a ser lugar común para designar una lengua y una civilización “no latinas”.

II. La era anglosajona

Los colonos teutones penetraron en una región más civilizada, donde se encontraron con diversas ciudades y vías de comunicación. Como germanos eran rústicos y, en consecuencia, la vida se ruralizó y las ciudades decayeron. La historia de Inglaterra, hasta el siglo VIII, es muy oscura. No en vano esta era tenebrosa es calificada como la *Dark Age*. Lo poco que conocemos se lo debemos al monje benedictino San Beda el Vulnerable, quien, hacia el 731, escribió su *Historia Ecclesiastica Gentis Anglorum*. Es Beda quien nos transmite como hito fundamental del devenir histórico de Inglaterra la arribada a sus costas en el 597 de Agustín y sus misioneros enviados por el papa Gregorio Magno para obtener la conversión al cristianismo de los britanos.

La llegada de Agustín a Inglaterra, además de la cristianización de la isla, trajo consigo la unificación religiosa. Pervivieron soterradas algunas costumbres paganas comunes a todos los pueblos germánicos como los nombres de lugares o los días de la semana. Con todo, la semilla de la unificación de Inglaterra la sembró el cristianismo cuando fija la sede primada en Canterbury, con autoridad religiosa sobre todo el país hasta nuestros días. La cristianización fue lenta porque no había párrocos, ni parroquias. El obispo era el pastor de una gran diócesis y era ayudado por

los monasterios. Por su parte, la parroquia comienza a existir cuando los señores de la tierra erigen iglesias en sus dominios.

El derecho era no escrito, consuetudinario, y existían grandes diferencias locales. Las disposiciones de Kent eran diferentes de las de Essex y éstas de las de Wessex por el mero hecho de estar situado a la otra orilla del Támesis. En el norte, feudo de los escandinavos, aumentaron las diferencias. Estamos inmersos en una época de inseguridad ante las continuas invasiones vikingas. En vista de ello, el campesino libre busca el amparo del señor feudal que le cobra impuestos crecientes a cambio de su protección. Como no pueden abonar la renta en especie ofrecen su trabajo al señor y se convierten en siervos de la gleba. El señor emplea esta fuerza de trabajo en el cultivo de las tierras que había heredado, sentando así las bases del feudalismo.

La historia de la Inglaterra anglosajona puede resumirse en la consolidación de tres reinos: en el norte, el reino de Northumbria; en el centro, Mercia (“la Marca”) o puesto de frontera; y al oeste, Wessex, la tierra de los sajones occidentales (éstos estuvieron a punto de dominar a todos sus rivales antes de las invasiones danesas). Knut o Canuto logró la unificación de Inglaterra como parte de un efímero imperio escandinavo. Este imperio se desintegró a raíz de su muerte a comienzos del siglo XI.

III. La dinastía Plantagenet

Hubo varios pretendientes a la Corona pero al final quedaron Harold, el último rey sajón de Inglaterra y, frente a él, Guillermo de Normandía, llamado primero “el Bastardo” pero, tras obtener el reconocimiento papal, pasa a la historia como “el Conquistador”. Debemos señalar que Normandía, esa gran península en territorio francés, fue colonizada por vikingos, de ahí su nombre: tierra de hombres del norte. Guillermo desembarca en el sur de la isla y vence a Harold en la batalla de Hastings (1066) con una táctica combinada de la caballería y los arqueros, bellamente representada en el famoso tapiz de Bayeux.

Pocas semanas después, Guillermo tomó Londres y logró la sumisión de

los magnates ingleses conquistando un reino con una población de millón y medio de habitantes, triunfando en una aventura única en la larga historia de Inglaterra. En efecto, la gran singularidad del país insular la constituye el hecho de la ausencia de invasiones externas desde 1066 hasta hoy. La primera consecuencia de todo ello es que haya una continuidad histórica, prácticamente sin fisuras, desde los remotos tiempos de Guillermo el Conquistador hasta nuestros días. El nuevo rey, de origen normando, va a latinizar el idioma inglés, hasta entonces perteneciente con carácter exclusivo al tronco germánico, introduciendo muchas expresiones francesas. Sirva a título de ejemplo el lema del escudo inglés: *Dieu et mon Droit*. Con Guillermo se va a instaurar la dinastía de los angevinos (originarios de Anjou, posteriormente llamados Plantagenet) que van a sentar las bases del *Common Law*, de la organización de los tribunales y de la Constitución inglesa con la promulgación de la *Magna Charta* en el siglo XIII.

Aunque la Corte –al igual que todas las medievales– era itinerante, fueron los normandos los que convirtieron a Londres en la capital del reino, erigiendo tres de sus símbolos: la abadía de Westminster, la Torre de Londres y el Castillo de Windsor. La Carta Magna, que los barones arrancaron al rey Juan Sin Tierra, va a limitar los poderes absolutos de los reyes hasta nuestros días, introduciendo el principio *no tax without representation* y, paradigma de los parlamentos modernos, la aprobación del presupuesto por el Parlamento y el *habeas corpus*. Con los Plantagenet va a surgir el primer gran conflicto de los reyes ingleses con el papado a raíz de la muerte violenta de Thomas Becket, arzobispo de Canterbury, al parecer instigada por Enrique II. La existencia de grandes feudos en Francia, detentados patrimonialmente por los reyes de Inglaterra, unidos a múltiples disputas sucesorias con la monarquía francesa, va a ser la causa de la llamada Guerra de los Cien Años. La presencia constante de un ejército inglés en territorio de Francia hizo surgir un sentimiento nacional francés antibritánico que perdurará hasta la *Entente Cordiale* de 1907. Por otra parte, los ingleses carecían de medios suficientes para asimilar sus conquistas. Francia era mucho más rica y contaba con mayor población y poco a poco fue recobrando las tierras conquistadas excepto Calais, que siguió siendo inglesa hasta mediados del siglo XVI.

Dada la prolongada presencia del rey de Inglaterra en Francia y su

necesidad incesante de dinero para pagar al ejército, el Parlamento encontró más facilidades para imponerle sus condiciones al monarca. Los parlamentarios proponían para el final de las sesiones la concesión del pedido monetario real y así se aseguraban la reparación de las injusticias con antelación al voto de los ministros a la Corona.

IV. La crisis del Parlamento

La dinastía Tudor va a ser muy importante porque con ella se va a instaurar una monarquía fuerte, coincidente con la aparición del Estado nacional con su aparato burocrático, embajadas y ejércitos permanentes. Pero, a diferencia de Francia o España, donde reinaban monarcas absolutos que aplicaban literalmente los principios del Bajo Imperio romano: *Princeps legibus solutus est* o *Quod Principi placuit legis habet vigorem*, los reyes ingleses siempre tuvieron en cuenta la importancia del Parlamento. Por eso, cuando Carlos I Estuardo quiere actuar como sus colegas españoles o franceses, de espaldas al Parlamento, surge la guerra civil que va a culminar con su decapitación en 1649.

El conflicto entre la Iglesia de Roma y Enrique VIII produjo consecuencias beneficiosas para el reino desde el punto de vista económico porque se produjo la primera desamortización de los bienes eclesiásticos, disolviendo los monasterios, exclaustrando a los monjes y convirtiendo en pequeños propietarios rurales a muchos campesinos sin tierra, lo que, sin duda, contribuyó a estabilizar el país frente al continente. Las adjudicaciones de tierras fueron irreversibles y curiosamente María Tudor (como Napoleón con los “bienes nacionales”) confirmó que los adquirentes de esas tierras podían disfrutarlas “sin escrúpulos de conciencia”.

La crisis del Parlamento viene provocada con la llegada al trono de Inglaterra de la dinastía escocesa de los Estuardos, que quieren aumentar su poder a costa del Parlamento. Esta etapa turbulenta se vio exacerbada por la crisis religiosa: el choque entre los puritanos (más luteranos) y la Iglesia de Inglaterra que se apoyaba en la autoridad del rey, su jefe, cuyo credo y liturgia es muy semejante al católico. Si los comunes apoyaban las reformas

religiosas de los puritanos, entraban en conflicto con el rey que era el jefe de la Iglesia anglicana. Las crecientes necesidades crematísticas de Carlos I fueron la causa de la convocatoria del “Parlamento Largo” que desembocó en la guerra civil inglesa. El Parlamento aprobó un programa de control sobre el consejo real, la Iglesia y el ejército, sabiendo de antemano que el rey no lo aceptaría. Por ello surge el enfrentamiento armado.

El rey es derrotado, juzgado por alta traición y decapitado en 1649. A partir del regicidio, Cromwell y su ejército se alzaron con el poder exclusivo y se declaró a Inglaterra como “Estado Libre” (*Commonwealth*), con Oliver Cromwell como “Lord Protector”. El balance de su gobierno de nueve años fue uno de los más positivos de la historia inglesa. Creó un ejército estable y profesional; fomentó los establecimientos coloniales en Norteamérica y el Caribe; fundó las Compañías de Indias para asegurar las exportaciones e importaciones; se promulgó la Ley de Navegación (*Act of Navigation*) de 1651, que constituyó la base del desarrollo naviero de Inglaterra al exigir que las mercancías importadas desde las colonias inglesas y las manufacturas exportadas desde la metrópoli fuesen transportadas en buques ingleses; reformó las universidades; mejoró las carreteras; estableció el matrimonio civil y el servicio de correos; simplificó las leyes y fomentó el *Common Law* frente a la jurisdicción regia de la *Equity*.

Tras su muerte, en 1658, lo sucedió efímeramente como Lord Protector su hijo Richard, que fue depuesto sin violencia por el ejército, cuyo jefe, Monk, llamó al trono de Inglaterra al príncipe Carlos, primogénito del decapitado Carlos I, que comenzó a reinar con el nombre de Carlos II Estuardo. La restauración monárquica carolina no fue una contrarrevolución. Carlos II tomó buena nota de los errores paternos y gobernó con el auxilio del Parlamento. Criptocatólico y libertino, a su muerte sin hijos legítimos –pero con una pléyade de bastardos– designó sucesor a su hermano el Duque de York, que pasó a reinar con el nombre de Jacobo II. Empero, el nuevo rey era abiertamente católico y ello provocó sonoros enfrentamientos tanto con el Parlamento como con la Iglesia de Inglaterra. En vista de ello, los comunes y los obispos anglicanos llamaron al trono a la hija protestante de Jacobo, María, casada con Guillermo de Orange, Estatuder de Holanda. Jacobo II huyó a Francia, donde falleció, y María y Guillermo fueron proclamados reyes de Inglaterra por el Parlamento.

Esta fecha –1688– es conocida como la *Glorious Revolution*. Se concedió la libertad de cultos –excepto el católico– y comenzaron su andadura los partidos políticos parlamentarios –*tories* y *whigs* (conservadores y liberales). También se promulgó el *Billof Rights*, que actualiza la *Magna Charta*, limita la autonomía de los tribunales reales, desarrolla el *habeas corpus* y los poderes del Parlamento. Mediante el *Act of Settlement* se va a prohibir que tanto los reyes de Inglaterra como sus consortes profesen la religión católica.

Fallecido Guillermo sin hijos, en 1702, fue sucedido por la reina Ana, hermana de María. Bajo su reinado, en 1707 tuvo lugar, mediante ley parlamentaria, el *Act of Union*, la unión de Inglaterra y Escocia en un nuevo estado denominado Reino Unido de Gran Bretaña. Sus habitantes pasan a ser llamados “británicos” y su bandera –resultado de la fusión de la de ambos reinos– será, a partir de entonces, la *Union Jack*. Los escoceses, mucho más pobres, ansiaban compartir la prosperidad inglesa, ya que estaban excluidos de la administración colonial y del comercio marítimo por el *Act of Navigation* cromwelliano. Ambos países salieron ganando con la fusión, sobre todo Escocia, que en poco tiempo duplicó su población sin perder ni su identidad, ni su orgullo nacional, persistentes hasta nuestros días.

En 1714, al fallecer la reina Ana sin hijos vivos, soslayó en la sucesión a sus parientes católicos estuardos, exiliados en Francia, y le ofreció el trono de Gran Bretaña a su lejana pariente Sofía, bisnieta de Jacobo I Estuardo y, a la sazón casada con el elector de Hannover. A partir de ahí se inicia la vinculación dinástica británica con Alemania: a la casa de Hannover la sucede la casa de Sajonia Coburgo Gotha, hasta que en 1917, en plena guerra mundial entre Gran Bretaña y Alemania, la titulación dinástica británica pasa a denominarse “Casa de Windsor”, eliminando así las profundas connotaciones germánicas de Jorge V, primo hermano del Kaiser de Alemania y, a su vez, casado con una princesa alemana.

Los primeros Hannover que reinaron en Gran Bretaña como Jorge I y Jorge II, nacidos en Alemania, solo hablaban su idioma natal y nunca aprendieron inglés. Jorge I no acudía a las reuniones del gabinete ministerial y delegó su presidencia en Robert Walpole, que desde entonces pasó a ser el *Premier* (denominación del Primer Ministro). Lo mismo hizo su hijo Jorge II. Con la delegación del poder ejecutivo en el *Premier* y el gabinete, se instaura la costumbre constitucional de que “el rey reina, pero no

gobierna” y el *Rule of Law*, que marca el equilibrio entre los tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. Los Primeros Ministros van a responder ante el Parlamento que los propone y los cesa, limitándose el monarca a firmar la propuesta.

V. La Corona

A Jorge III, según relata el historiador G. M. Young, “el pueblo le tenía mucho afecto”. Era el *gentleman* del Berkshire “que regalaba órganos a las iglesias y firmaba artículos con seudónimo en las revistas de agricultura”. Le gustaba verlo cabalgar en Windsor Park o tomar baños en Weymouth, tenía buen carácter, memoria para las cosas, sencillez, piedad y paciencia. Por eso, si el pueblo inglés ha apoyado la supervivencia de una institución que, a ojos de los radicales, no es más que una cara ficción, sin duda inútil es, también según Young, por el afecto al que, en el caso de la Corona inglesa, han aportado el arraigo, la tradición y la costumbre, el liderazgo, la confianza, el no partidismo y la “magia”. Todo ello hace a la monarquía inteligible para la gente sencilla. Frente a una república que solo ofrece conceptos difíciles en su gobierno, la monarquía únicamente aporta uno y fácil: “endulza la política con la justa adicción de acontecimientos hermosos”. Véase ahí la razón por la cual el nacimiento del bebé de los duques de Essex llene las portadas y un cambio en la ley de pesca no.

Uno de esos “acontecimientos hermosos” de la realeza es el propio carácter familiar de la institución. La monarquía tiene una popularidad garantizada porque atiende a nuestros sentimientos más difusos, en tanto la república apela tan solo a nuestro entendimiento. Según Bagehot, ante todo la Corona debe mantenerse “escondida como un misterio”. Conviene, ante todo, “no dejar que la luz del día se pose sobre ella” porque si no se rompería ese “encantamiento místico”. El misterio es su misma vida y, por eso, hoy como ayer, la sabiduría del monarca está “en una bien considerada inacción”. Esa intangibilidad y esa relativa inacción son la clave de su éxito, en tanto que aseguran su prestigio. Si la contienda política afecta a todos los partidos y todas las personas, el monarca demuestra que hay zonas

del Estado sustraídas a las divisorias de partido. Así, el rey constitucional se configura como “la luz por encima de la política”. Al no ser votado, el monarca no representa intereses coyunturales, sino que se rige por la continuidad garantizada por el principio hereditario. Situar al rey por encima de la controversia del día a día político ha acarreado efectos positivos a Inglaterra. Un monarca inglés jamás hubiera podido decir, rememorando a Luis XIV: “Yo soy el Estado”. Muy al contrario, tendría que firmar su propia sentencia de muerte si el Parlamento se lo pidiera, tal como acaeció con Carlos I en 1649.

No cabe duda de que en la adhesión inglesa a la monarquía han pasado, por ejemplo, la mala experiencia cromwelliana, pero también el hecho de que el país saliera victorioso de dos guerras mundiales, en las que la familia real ha sabido estar a su altura. Si Bagehot codificó los usos del monarca constitucional moderno en el XIX, Scruton analiza la desenvoltura de esa constitución histórica inglesa que buscó siempre nivelar los poderes de la Corona, la aristocracia y la democracia. Desde el principio, el soberano inglés se define como criatura y no como creador del derecho: según un texto del siglo XIII, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, el monarca está bajo la ley porque es la ley quien lo nombra. Dicho de otro modo, la ley será la ley del reino, no la ley del soberano. Así lo juró Guillermo el Conquistador y en virtud del juramento fue aceptado. A partir de esta constatación, Scruton presenta la base histórica de las relaciones entre rey y pueblo como una relación fiduciaria. De confianza: el rey, además de un líder, es ante todo un representante del pueblo, un intermediario, por lo que queda atado ante su gente y obligado ante ella, del mismo modo que a su pueblo le guardará la lealtad debida. Así, al recibir la apelación de sus súbditos que le encargan la defensa de sus intereses ante cualquier poder contrario al bien común, el rey ha de sujetarse a su compromiso con ellos y no excederse en sus poderes si no quiere –como en tantas ocasiones a lo largo de la historia– perder su cargo. La Corona es un ejercicio continuo que tiene tasados sus poderes.

La reina, no obstante, sigue siendo la fuente de todos los honores en el Reino Unido. De ella emanan todos los títulos de la nobleza hereditaria –duques, marqueses, condes, vizcondes y barones– que en la práctica han dejado de concederse salvo a los miembros de la casa real. Hoy se otorgan

exclusivamente títulos vitalicios. A estos títulos deben añadirse las *decorations* o medallas militares y otros reconocimientos de índole menor. Sin embargo, la concesión de honores y distintivos por la reina no es discrecional, muy al contrario, está sometida a un complejo procedimiento. En él –excluido el ámbito militar– participan notablemente el *Cabinet Office* (es decir, el gobierno) y el *Principal Private Secretary* del Primer Ministro. Terminado el trámite, los nombres pasan a *Buckingham Palace*, que discrecionalmente puede plantear alguna objeción. Posteriormente el secretario del Primer Ministro despacha a los propuestos una carta mediante la cual le informa de que éste “tiene in mente” presentar a la reina la candidatura del aludido. Con esta sutileza, lo que se logra es preservar el nombre de la soberana en caso de negativa por el recipiendario.

Teóricamente los poderes del monarca son bastante amplios, aunque, de hecho, resultan hoy muy mediatizados por el Primer Ministro y el Gabinete. Enumeramos a continuación los poderes más significativos del monarca británico:

- a) El rey ostenta la representación del Estado en las relaciones internacionales: nombra los embajadores; los embajadores extranjeros se acreditan ante él; declara la guerra, firma la paz, etc.
- b) El rey es el jefe supremo de las fuerzas armadas. Es fuente de todos los títulos y dignidades y “defensor de la fe”, desempeñando el gobierno de la Iglesia establecida en Inglaterra nombrando a los cargos eclesiásticos.
- c) El rey reúne al Parlamento y lo disuelve. Sanciona las leyes aprobadas por las Cámaras y nombra al Primer Ministro y a los colaboradores de éste en el gobierno.
- d) El rey es el fundamento de toda jurisdicción. Ejerce el derecho de gracia y la justicia se administra en su nombre.
- e) El rey, por último, es el vínculo, símbolo y emblema inmutable de la *Commonwealth*.

VI. El Parlamento

Desde un punto de vista estético, el parlamento británico se aleja de otros parlamentos abiertos, transparentes y recubiertos de titanio. Pero, al menos, tiene una ventaja superior: todo resulta inteligible, todo rebosa significado, todo remite a su propia historia, todo es símbolo de un antiguo pasado. Ventajas del neogótico. Desde fuera, lo que cuenta es que su iluminación moderna todavía nos pasma y nos suspende como “la catedral del sufragio” que es. El bicameralismo se instauró en el siglo XV y lo primero que afectó fue a la arquitectura: divide la gran casa hasta nuestros días con la Cámara de los Comunes y la Cámara de los Lores como ínsulas mutuamente extrañas. Las estancias del palacio se reparten rígidamente entre ambas según un código de colores: rojo real para los lores, verde –se ignora el porqué– para los comunes.

Redondeado por la práctica histórica, el Parlamento bicameral codificó sus misiones básicas, todavía vigentes: legislar, controlar la labor del gobierno y proveerle de cargos, todo conforme a una mecánica interna de negaciones, equilibrios y contrapesos. Son los famosos *checks and balances*, mediante los que se garantiza una calidad y una voz consensuada en la labor de representación. Con este punto de partida, los Comunes son una cámara legislativa –actualmente con algo más de quinientos miembros del Parlamento– elegida por los ciudadanos de las diversas circunscripciones para ejercer las funciones que hoy son típicas en cualquier asamblea parlamentaria, pero que comenzaron por ser típicas aquí. Por su parte, la *House of Lords*, apeada en 1911 de sus poderes de veto y despojada hace unos años de su condición de cámara hereditaria, sirve, como Cámara alta, para acompañar y complementar la legislación, mediante examen y debate detallado y –a falta de mayor ejecutividad– con alto grado de rigor intelectual. Antaño tuvo también funciones judiciales, hoy traspasadas al Tribunal Supremo. Actualmente, su papel más efectivo consiste en “sosegar”, como salvaguardia constitucional de especial *auctoritas* la legislación más controvertida. Las reformas de Blair quisieron pasar de unos lores aristocráticos a unos lores meritocráticos, todavía a modo de Senado del saber de la nación.

La *House of Lords* mantiene sin pérdida, en cambio, su condición de

basílica mayor de la liturgia política. Es allí donde tiene lugar una de las ceremonias de mayor pompa y circunstancia de la vida parlamentaria: la inauguración de las sesiones del Parlamento, con el discurso de la reina desde el trono. Este es, prácticamente, la única ocasión en la que coinciden los miembros de dos cámaras que, por costumbre, viven de espaldas la una a la otra. Los Comunes suelen referirse a la Cámara de los Lores, pudorosamente, como “la otra parte”. Muchos la tratan como un geriatrico. Lejanos ya sus tiempos de Primer Ministro, Harold Mac Millan, nonagenario, medio ciego y medio sordo, refirió que era una molestia en cualquier parte pero que en la *House of Lords* se hallaba en su lugar. Perdido el privilegio hereditario, el derecho de veto y las funciones judiciales, algunos defendieron su existencia en términos estéticos: “No sirve para nada, igual que un roble. Y nadie se pregunta para qué sirve un roble”. Perdido todo, los lores aun así representan lo que Burke denominaba “el patrimonio del saber”, un mundo de autoridad inteligible, unido por su tradición y su legado.

Concluyo diciendo que uno de los rasgos más notables de los ingleses es que hayan demandado tan pocas explicaciones sobre el origen de sus costumbres y sus instituciones. Será que funcionan y que –viejo principio del empirismo inglés– “no hace falta arreglar lo que no está roto”. Gran Bretaña, en suma, calificada por Maurois como “bendita tierra de la incoherencia”, presenta una solución política a la voz fascinante y compleja. Voltaire notó en la vida pública inglesa “una afortunada combinación de elementos”. En esta mezcla armoniosa tal vez se encuentre el secreto de su buen orden. Gran Bretaña, desde esta perspectiva, resulta ejemplar por haber sabido fundir en un conjunto equilibrado principios e instituciones que en otras latitudes resultaron incompatibles: autoridad y libertad, monarquía y democracia, tradición y adaptación. La tarea no se remató en unos pocos años, ni siquiera en una centuria. Una labor histórica-multi-secular proporciona una base firme al edificio que hoy nos sorprende. Por eso la democracia británica es también, como dice Marriot al final de su monografía sobre el tema, “desgraciadamente inimitable”.

Bibliografía

Obras clásicas

ANSON, W. R. (1907). *The Law and Custom of the Constitution*. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press.

BAGEHOT, W. (1867). *The English Constitution*. 1ª ed. London: Chapman and Hill.

DICEY, A. V. (1939). *Introduction to the study of the Law of the Constitution*. 9ª ed. London: Macmillan.

LASKI, H. J. (1948). *Parliamentary Government in England: A Commentary*. 2ª ed. London: Imprint Routledge.

MARRIOTT, J. A. R. (1948). *English Political Institutions. An Introductory Study*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press.

Obras modernas

FINER, H. (1961). *The Theory and Practice of Modern Government*. 1ª ed. London: H. Holt.

GREAVES, H. R. (1955). *The British Constitution*. 3ª ed. London: Allen.

HOOD PHILLIPS, O. (1957). *The Constitutional Law of Great Britain and the Commonwealth*. 2ª ed. London: Sweet & Maxwell.

Sir IVOR JENNINGS (1961). *The British Constitution*. 4ª ed. Cambridge: Cambridge University Press.

MORRISON, H. (1960). *Government and Parliament: A Survey from the Inside*. Ed. rev. London: Oxford University Press.

WADE, E. C. S. y PHILLIPS, G. C. 1960. *Constitutional Law*. 6ª ed. London: Longmans.

WHEARE, K. C. (1955). *Government by committee: And Essay on the British Constitution*, Oxford: Oxford University Press.

Obras generales

BOWLE, J. (1970). *Enrique VIII*. Traducción por Rafael Andreu. Barcelona: Grijalbo.

CHURCHILL, W. (2007). *Historia de los Pueblos de Habla Inglesa*. Traducción por Alejandra Devoto. Madrid: La Esfera de los Libros.

JIMÉNEZ DE PARGA, M. (1962). *Los Regímenes Políticos Contemporáneos*. 2ª ed. Barcelona: Ariel.

MAUROIS, A. (1944). *Historia de Inglaterra*. Traducción por María Luz Morales. 3ª ed. Barcelona: Surco.

PEYRÓ, I. (2014). *Pompa y Circunstancia. Diccionario Sentimental de la Cultura Inglesa*. Madrid: Fórcola. la reforma de la Ley 17.711 y posteriormente su recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación. Comentaremos algunos fallos jurisprudenciales referidos a este instituto.

El principio del *favor debilis* y el vicio de lesión¹⁴⁸

Por Mirta Beatriz Álvarez¹⁴⁹

Resumen

El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Una mirada romanista a la parte general del Código Civil y Comercial de la Nación”. En esta oportunidad analizaremos los antecedentes romanos de la lesión, para adentrarnos en la regulación de la lesión como vicio a partir de la reforma de la Ley 17.711 y posteriormente su recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación. Comentaremos algunos fallos jurisprudenciales referidos a este instituto.

¹⁴⁸ Este trabajo continúa la línea de investigación desarrollada en “El *favor debitoris*. Origen romanístico del principio de la protección al más débil” en Revista Jurídica de Buenos Aires, 11, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, ISSN 0326-7431, p. 3-23 y se enmarca en el proyecto de investigación “Una mirada romanista a la parte general del Código Civil y Comercial de la Nación” que se desarrolla en UFLO Universidad, bajo la dirección de la autora.

¹⁴⁹ Abogada. Profesora Titular Regular de Derecho Romano en las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y UFLO Universidad. Investigadora categorizada. Vicepresidenta de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM). Socia fundadora de ADRA y actualmente presidenta emérita. Secretaria del Instituto de Derecho Romano del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

I. Introducción

En anteriores trabajos hemos analizado el principio del *favor debitoris* romano y su recepción en el derecho actual. Entre las conclusiones de esos trabajos hemos sostenido lo siguiente:

1. La defensa a la parte más débil tiene su consagración en el derecho romano clásico, como lo testimonian gran cantidad de pasajes del Digesto.
2. No se trata de una teoría general, sino de una casuística que abarca tanto supuestos relacionados con la existencia de la obligación, su cumplimiento, la interpretación de las cláusulas y la liberación.
3. Específicamente en la órbita contractual, las citas del Digesto consideran como la parte más débil del contrato, aquella que debe pagar el precio (el comprador en la compraventa, el arrendatario, en la locación).
4. El principio precedentemente citado no rige en cuanto a la determinación del precio, ya que los pasajes del Digesto no otorgan protección a ninguna de las partes cuando el precio pagado es considerablemente mayor o menor al justo precio.
5. Solamente en el Código justiniano se encuentra consagrada la *laesio enormis*, y por ende, surge a través de dos constituciones, la protección al vendedor, cuando éste ha recibido menos de la mitad del justo precio de la cosa vendida, entendiéndose que éste es la parte más débil del contrato para el supuesto analizado.
6. Las legislaciones modernas de base romanista tampoco consagran como principio general la protección a la parte más débil, sino que suministran una casuística similar a la romana.

Por todo ello, en este trabajo hemos preferido referirnos al *favor debilis* ya que la protección es a la parte más débil de la relación. En esta ocasión profundizaremos en el análisis del principio del *favor debilis* y su relación con el vicio de lesión.

Partiendo de los exhaustivos trabajos elaborados por la Dra. Dolores Parra Martín (Universidad de Murcia) y el Dr. Juan Carlos Ghirardi (Universidad

Nacional de Córdoba) que reseñaremos, nos proponemos señalar la evolución de la *laesio enormis*, para luego referirnos a la recepción de la lesión en el derecho y la jurisprudencia argentinos.

II. Acerca de las Constituciones en C. 4. 44. 2 y 4. 44. 8¹⁵⁰

La primera formulación represiva de la lesión, en relación con el contrato de compraventa, aparece en una Constitución de Diocleciano y Maximiano (siglo III d. C), que fue incorporada posteriormente por Justiniano al *Corpus Iuris*, siendo denominada “Ley Segunda”. Se trata de la C. 4. 44. 2.

La Constitución es un rescripto dirigido a un particular, un tal Lupo, al que se le ofrece la posibilidad de rescindir una venta ruinosa. Este tipo de soluciones era posible en esta época, ¿pero hasta el punto de que constituyeran un principio general? Además, llama la atención en el texto que Lupus, *filiusfamilias*, tuviera la facultad de poder rescindir por lesión un contrato hecho por su padre. En el texto solo se contempla para anular el acto lesivo la desproporción entre las prestaciones, considerándose que la hay, cuando excede de la mitad del justo precio. Se produce la rescisión del contrato en base a la existencia de un elemento objetivo: el precio. Exigiéndose que la rescisión debía autorizarla el juez, que es el que da potestad al comprador para evitarla siempre que pague la diferencia que falta para alcanzar el justo valor. De esta manera, queda protegido el interés del vendedor frente al comprador.

Se produce un desequilibrio matemático en las prestaciones que es la causa objetiva por la que procede la restitución. Es posible que no se aluda al elemento subjetivo –dolo– al considerar los emperadores que cuando el precio es inferior a la mitad, debe presumirse de forma implícita que

¹⁵⁰ PARRA MARTIN, D., (2008). “La rescisión del contrato en los Rescriptos de Diocleciano. C. 4. 44. De *rescicenda venditione*. La *laesio ultra dimidium*”. En *Revista General de Derecho Romano*, 11, Madrid.

existe dolo del comprador. Tal vez no se requiera el elemento subjetivo por considerarse lógicamente sobrentendido.

La finalidad de la institución es evidente: proteger al débil, al que se encuentra en una situación de inferioridad económica frente al que, aprovechándose de esa circunstancia, consigue con la celebración del contrato ventajas arbitrarias y provechosas. Es un recurso excepcional para dejar sin efecto un contrato de compraventa.

Con la finalidad de evitar injusticias motivadas por tal situación, parecería el término de “precio justo”, concepto que recogería ideas de índole moral y éticas de la sociedad del siglo III d. C. La referencia en el fragmento a la *humanitas* así lo evidencia. Se trata del fundamento en el que se apoya el contenido de la Constitución, actuando como un criterio corrector del *ius*.

La Constitución no está exenta de polémica. Algunos autores sostienen que la Constitución C. 4. 44. 2 fue interpolada.¹⁵¹ Son importantes al respecto las investigaciones llevadas a cabo por Juan Carlos Ghirardi (presidente de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina), quien sostiene la necesidad de analizar el texto de la Constitución a fin de justificar la posibilidad de interpolación.

Según Ghirardi, la Constitución empieza a hablar “de venta de cualquier cosa” (*rem*) pero si seguimos leyendo, encontramos que “la venta se refiere a un fundo” (*fundum venditione*). El vendedor aparece como “tú o tu padre” (*tu vel pater tuus*), pero este sujeto no concuerda con el tiempo utilizado del verbo: *distraxerit*. Finalmente, señala este romanista, que aparentemente este vendedor trata con “varios compradores” (*emptoribus*), aunque más adelante los mismos se singularizan: “*si emptor eligerit*”.¹⁵²

Ghirardi afirma que esto nos conduciría a interpretar que no toda la

¹⁵¹ GARCÍA SÁNCHEZ, J. (2001). “La *laesio enormis*: del rescripto de Diocleciano (C. 4. 44. 2) al código de comercio hispano de 1829, pasando por Hevia Bolaño.” En *Revue Internationale des droits de l'Antiquité XLVIII*, p. 91-130, postula: “Por todo ello, algunos autores, para no recurrir a la teoría de las interpolaciones justinianeas, admitiendo la autenticidad del texto, hablan de un doble estrato en el mismo, como si hubieran intervenido dos redactores diferentes, sobre el mismo supuesto y punto de vista.”

¹⁵² PARRA MARTIN, *op. cit.*

Constitución fue redactada al mismo tiempo. Incluso algunos autores admiten la autenticidad del texto de Diocleciano, pero defienden la existencia de un doble estrato, como si hubieran tomado parte en la redacción dos sujetos diferentes.¹⁵³

También debemos destacar la C. 4. 44. 8 (año 293), rescripto de Diocleciano y Maximiano dirigido a Aurelia Evodia, que había vendido un fundo por un precio inferior al real por lo que en el texto encontramos tres ideas esenciales:

1. Venta viciada por dolo o intimidación es inválida. Principio har-to repetido en casi todas las Constituciones del título 44.
2. Principio de la libertad de mercado: “Ni razón alguna concede, que por esto se rescinda un contrato terminado por el consentimiento, o desde luego o después de la discusión de la cantidad del precio”.
3. *Laesio ultradimidium*, que actuaría como una excepción al principio general: “...a no ser que se haya dado menos cantidad de la mitad del justo precio, que había sido al tiempo de la venta, debiéndosele reservar al comprador la elección ya concedida”. En este caso particular, se podría rescindir el contrato.

La respuesta ofrecida a Aurelia Evodia no admite lugar a dudas: la compraventa no se rescinde cuando se haya concluido por el consentimiento o tras la discusión del precio, a no ser que se pruebe el dolo, miedo o tormento (elemento subjetivo): se trataría de la regla genérica de conservación de la validez del contrato.¹⁵⁴

A no ser que, en defecto de tales elementos, se haya dado menos cantidad de la mitad del justo precio (elemento objetivo): que supondría la excepción a la regla general (*regla laesio ultradimidium o enormis*).

El espíritu de este rescripto guarda estrecha relación con el de C. 4. 44. 2. Ambos responden al mismo propósito, siendo una muestra de

¹⁵³ Ver nota 151.

¹⁵⁴ PARRA MARTIN, *op. cit.*

intervencionismo estatal ya que a través de ellos el emperador interviene para regular de una forma anómala una determinada situación.

En la mayoría de las Constituciones del Libro 4, Título 44, del Código, se exige además de la desproporción del precio la concurrencia de algún elemento subjetivo en el beneficiado (dolo, engaño, violencia). Solo en dos es suficiente para rescindir la venta, la desproporción en el precio abonado: la C. 4. 44. 2 del año 285 y la C. 4. 44. 8 del año 293 d. C. En ambas encontramos la rescisión *ultradimidium*.¹⁵⁵

Los fragmentos muestran el pensamiento jurídico de la época y son reflejo de su situación social y económica. Durante el imperio de Diocleciano, junto a la creciente influencia del cristianismo, se produjo una grave crisis económica, que tuvo como consecuencia una necesidad mayor de protección de los pobres frente a la explotación de los poderosos. Fruto de su política intervencionista, fue el Edicto de *pretiis rerum venalium* del año 303 en donde se impuso precios tasados y justos para aquellas cosas que fueran objeto del contrato de compraventa. De esta manera, surgen nuevos modelos de protección para el ejercicio de los derechos de las partes. Mario Talamanca afirma que es evidente, en la época posclásica, la intervención estatal en el plano socioeconómico para evitar arbitrariedades y abusos. Diocleciano realizó una política intervencionista que queda patente en muchas de sus Constituciones, intervención que tiene sus raíces en la profunda crisis que sufre el Imperio romano en la mitad del siglo III d. C.

Creemos, como afirma Parra Martín,¹⁵⁶ que el instituto se inició en tiempos de Diocleciano, siendo un instrumento al servicio de la socialización y humanización del derecho. Posteriormente fue desarrollándose y extendiéndose por obra de los Compiladores –en tiempos de Justiniano– a los demás contratos de compraventa al sustituirse la palabra *fundus* por *res* (cualquier cosa).

Ciertamente, el instituto de la *laesio ultradimidium* no es una regla de aplicación genérica en el siglo III d. C. Se trataría de una excepción jurídica que podía oponerse válidamente al principio general de validez del

¹⁵⁵ PARRA MARTIN, *op. cit.*

¹⁵⁶ PARRA MARTIN, *op. cit.*

contrato libre y conscientemente celebrado. Bien entendido que no era aplicable de forma aleatoria, ya que para que procediera la rescisión debían concurrir una serie de circunstancias:

1. Una desproporción en las prestaciones no era suficiente con que una prestación fuera menor. Era indispensable que fuera como mínimo menor que la mitad del justo precio, requisito imprescindible para deshacer la venta.
2. La rescisión del contrato no se producía nunca de forma arbitraria. Debía contemplarse en el comprador la intención de abusar. Simplemente el hecho de no oponerse a la venta ruinosa, a sabiendas de que se producía el perjuicio económico en la otra parte, hacía presuponer dicha aptitud. La buena fe sería motivo suficiente para que el comprador voluntariamente abonara al vendedor la diferencia faltante, hasta alcanzar el justo precio y de esta manera, evitar un agravamiento en su situación económica.
3. Sería necesaria la intervención del juez: “mediando la autoridad del juez”, como indica la C. 4. 44. 2, a fin de imponer su criterio justo y equitativo, evitando posibles desavenencias entre los contratantes.
4. El vendedor sería el verdadero beneficiario por la aplicación de la rescisión por *laesio enormis*. Para que se produzca es preciso que se encuentre en una situación de inferioridad: minoría de edad, existencia de deudas, necesidad de pagar al fisco los impuestos. Su situación se agravaba, ya que encima de pasar por unas circunstancias desfavorables recibía del comprador un precio irrisorio. No se concede la posibilidad de rescisión del contrato a todos los vendedores, sino solo a aquellos que por su especial situación cobraron menos de la mitad de lo que se les debía y se encontraban en una “situación apurada”.

La conclusión a que arriba Parra Martín¹⁵⁷ es que el instituto no se utilizó para proteger a una de las partes del contrato, considerada de forma

¹⁵⁷ PARRA MARTIN, *op. cit.*

abstracta. Sirvió para defender a los enajenantes perjudicados que cobraban menos de la mitad de lo que el objeto vendido valía. Su aplicación fue excepcional y práctica.

La excepcionalidad del instituto encuentra su ratio última en la expresión “*humanum est*”, entendida la *humanitas* –por influencia del cristianismo– como un deber universal fundamentado en la justicia y en la equidad. Este deber crea en Diocleciano una obligación inexcusable de protección hacia la parte más desfavorecida del negocio que queda patente en la excepción analizada. La *humanitas* como criterio corrector del *ius*.

La C. 4. 44. 2 del año 285 y la C. 4. 44. 8 del año 293 d. C. no derogan lo dispuesto expresamente en el resto de Constituciones recogidas en título 44 del Código. Actuarían como una particularidad práctica frente a la regla general de la libertad de las partes para fijar el precio.¹⁵⁸

III. La *laesio enormis*. Su evolución

Ghirardi¹⁵⁹ sostiene que en relación a esta constitución (C. 4. 44. 2) y la eventual posibilidad de que haya sufrido interpolaciones, se ha argumentado lo siguiente: que el lenguaje utilizado, con frases algo inconexas, hace al texto difícil de entender, aunque ello tendría sentido si partiésemos de la base que al fragmento original se le hicieron modificaciones posteriores. Algunas observaciones acerca de la sintaxis y la redacción hacen que esto sea verosímil.

La constitución, que en realidad es un rescripto, empieza a hablar de “cualquier cosa” (*rem*), pero enseguida puntualiza que se refiere a un fundo (*fundum venditione*). El vendedor resulta, tal como se lo identifica “tú o tu padre” (*tu vel pater tuus*), pero este sujeto no concuerda con

¹⁵⁸ PARRA MARTIN, *op. cit.*

¹⁵⁹ GHIRARDI, J. C. y FILIPPI, C. (2004). “La *laesio ultradimidium*”. En XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano y *Revista General del Derecho Romano*, 13, Madrid, Iustel.

el verbo *distraxerit*. Por último, aparentemente este vendedor trataba con “varios compradores” (*emptoribus*), aunque más adelante los mismos se singularizan, cuando al tratar la rescisión se emplean las palabras “*si emptor eligerit*”.

En C. 4. 44. 8 (años 294-305), Diocleciano y Maximiano vuelven a hablar de la mitad del precio como medida para conceder la rescisión por lesión, en rescripto dirigido a Evodia, pero exigiendo concomitantemente la mala fe de la contraparte.

Sobre siete rescriptos que habilitan la rescisión de la compraventa, solamente en dos se requiere una desproporción de la mitad del valor de las prestaciones recíprocas, y en seis se exige además algún tipo de actitud subjetiva en la parte que se beneficia, ya sea dolo, engaño o violencia. Con lo cual, el principio formulado en C. 4. 44. 2 no parece ser la regla, sino más bien una excepción.

No solamente es excepcional, afirma Ghirardi,¹⁶⁰ sino que constituye la excepción dentro de algo que en sí mismo resulta una excepción: cuál es la posibilidad de rescindir una compraventa. Ya que en ésta, como en toda convención, la regla es el principio *pacta servanda sunt*.

Hasta que resurgió con los glosadores. El último de ellos, Cayo Accursio Fiorentino, escribió en relación al principio formulado en C. 4. 44. 2: “*Ita est famosa lex*”. ¿Qué había pasado? Tal lo que pareciera dedujeron de un fragmento de Ulpiano, extraído del libro 48 de los *Comentarios a Sabino*:

Si alguno, después de haber convenido en obligarse de una forma, por una maquinación se ha encontrado obligado de otra forma, quedará ciertamente constreñido por la sutilidad del derecho, pero puede usar de la excepción del dolo; pues por haber sido obligado con dolo, le compete la excepción. Es igual aunque no haya intervenido el dolo del estipulante, puesto que la cosa misma lleva en sí el dolo, ya que cuando uno reclama en virtud de aquella estipulación, por el mismo acto lo hace con dolo, porque la cosa lo contiene.

¹⁶⁰ GHIRARDI y FILIPPI, *op. cit.*

La desproporción de prestaciones, aquella de la ley segunda, la receptada en C. 4. 44. 2, se vuelve capital y comienza a brillar con luz propia. Si el precio es inferior a la mitad, el dolo se presume, porque el acto es, en sí, fraudulento. No es que no se requiera el elemento subjetivo, se lo considera implícito.

La consecuencia no es menor, porque si consideramos a la lesión como un vicio del consentimiento, su ámbito de aplicación va a exceder lo que fuera su marco originario, esto es la compraventa, para extenderse a los demás contratos conmutativos.

Va a funcionar en la permuta, cuando exista desproporción notable entre los valores de las cosas que las partes se intercambian. Va a hacerlo también en la locación, el mandato y la sociedad, cuando concurren las mismas circunstancias.¹⁶¹

El profesor Tammo Wallinga¹⁶² sostiene que en el Codex la aplicación de la lesión es limitada. Sin embargo, durante la recepción del *Corpus Iuris Civilis* en la Edad Media, los juristas aplicaron al texto una creatividad notable, que le dio un alcance mucho más importante.

La extensión se hará primero al comprador,¹⁶³ con las dificultades de analizar cuando paga de más para configurar *laesio enormis*. Más adelante se aplicará tanto para cosas muebles como inmuebles. Finalmente, se hará extensiva la aplicación a los contratos de buena fe y onerosos.¹⁶⁴

¹⁶¹ GHIRARDI y FILIPPI, *op. cit.*

¹⁶² WALLINGA, T. (2011). "La *Laesio enormis* a través de la Glosa." En *Revista General de Derecho Romano*, 16, Madrid, Iustel.

¹⁶³ GARCÍA SÁNCHEZ, *op. cit.*, en ese sentido afirma: "De esta figura jurídica con los glosadores, quienes le dieron el nombre de *laesio enormis* a partir de Ugolino y mantuvieron la aplicación a la compraventa, si bien extendiéndola tanto a muebles como inmuebles, así como legitimando su ejercicio a favor del comprador cuando había pagado un precio superior al taxado."

¹⁶⁴ WALLINGA, *op. cit.*, habiendo investigado varios manuscritos, sostiene: "Lógicamente, unas extensiones son anteriores a otras, y estamos descubriendo el orden en que se han producido a lo largo de los siglos XII y XIII. Presente está la extensión de la protección de la *laesio enormis* a la otra parte, el comprador; ésta se encuentra en varios manuscritos. La gran mayoría de los manuscritos que la contienen prefieren el método geométrico para

A partir de la Edad Media, sostiene Wallinga, el texto se convirtió en un principio básico de derecho contractual, ya que prescribe que haya un límite en la diferencia del valor de las prestaciones, y que en caso de que se traspase este límite, la parte perjudicada pueda pedir la rescisión, mientras que la otra parte tiene la opción de elegir entre pagar un suplemento hasta el precio justo o rescindir el contrato.¹⁶⁵

Después de la Edad Media la popularidad de la *laesio enormis* fue disminuyendo poco a poco, sobre todo a causa del iusnaturalismo racional. Mientras que el derecho natural medieval, de inspiración religiosa, se centraba en la idea de igualdad de prestaciones, el nuevo derecho natural, a partir del siglo XVII, cada vez más tomaba al hombre como punto de partida, el hombre que como actor en el mercado tiene que ser considerado capaz de celebrar o no un contrato bajo ciertas condiciones.¹⁶⁶

En las codificaciones modernas, algunas han receptado la lesión objetiva y otras una forma más amplia. Dentro de las que han admitido la *laesio enormis* en su aspecto objetivo, está el Código Civil de Napoleón (1804). El otro extremo es la *laesio enormis* en su forma amplia, realmente un principio general del derecho contractual que prescribe que en todo contrato oneroso tiene que existir un equilibrio mínimo entre las obligaciones. En esta forma encontramos la *laesio enormis* en Austria.¹⁶⁷

Y así se receptorá en el derecho argentino, primeramente por la Ley 17.711 de modificación parcial del Código Civil Argentino. Y luego en el artículo 332 del Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde 2015.

calcular el precio que se considera demasiado elevado (...). Tan sólo hemos visto una glosa con referencia a un texto que relaciona la compraventa, la permuta y la *locatio-conductio* con la idea del precio justo. Este texto (D. 38, 5, 1, 12-13) podría ser un texto clave, pero precisa de una investigación más profunda?

¹⁶⁵ GARCÍA SÁNCHEZ, *op. cit.*, en el mismo sentido: "Con los comentaristas del *Corpus Iuris Civilis* se produjo una consolidación de las innovaciones introducidas en los siglos precedentes, asumiendo que la figura de la rescisión por *laesio enormis* cabía en todos los contratos sin distinción, *bonae fidei* y *stricti iuris*, además de la transacción y donación, así como los medios para evitar su ejercicio?"

¹⁶⁶ WALLINGA, *op. cit.*

¹⁶⁷ WALLINGA, *op. cit.*,

IV. El vicio de lesión en la legislación y jurisprudencia argentinos

IV. a) *La lesión en la legislación argentina*

Recordemos que Vélez Sarsfield en la nota al artículo 943 del Código Civil, se opuso a la introducción de la lesión, fundándose en que las distintas legislaciones no la trataron en forma general y a que las partes deben ser responsables de sus propios actos, siendo el consentimiento prestado sin dolo o violencia, ley para las partes.

García Goyena¹⁶⁸ en su Proyecto de Código Civil Español de 1851 tampoco admite la lesión y hace referencia en el artículo 1164 a la evolución de este vicio, que primero se concedió para la venta y luego se extendió a otros contratos.¹⁶⁹

El excesivo liberalismo de Vélez no podía imaginar que las partes podían llegar a contratar en una posición desigual y que una de ellas podía aprovecharse de la otra.

La reforma de la Ley 17.711 incorporó la lesión como vicio de los actos

¹⁶⁸ GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Tomo III. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfica, p. 177 s. enumera los Códigos que la admiten, como el francés, el napolitano, el de Louisiana y el Sardo. También hace mención al austríaco, que la recepta en su forma más extensa. Luego de analizar los inconvenientes de introducir la lesión, como luego hará Vélez en la nota al artículo 943 del Código Civil, finalmente se pronuncia en contra de la lesión que generaba “un manantial perenne de pleitos difíciles de resolver”.

¹⁶⁹ VALMAÑA VALMAÑA, S. (2015). “Evolución histórica del concepto de justo precio y de la rescisión por *laesio ultradimidium*”. En *Revista de Derecho UNED*, nº 16, Madrid, sostiene: “Con la llegada del movimiento codificador europeo del siglo XIX, el Proyecto del Código Civil español de 1851, debido a la tendencia de la nueva economía liberal, suprimió la acción rescisoria por *laesio ultradimidium* en la compraventa y en los demás contratos conmutativos, rompiendo con la tradición jurídica que la institución tuvo en nuestro derecho a través de los ya aludidos ordenamientos jurídicos, Fuero Real, las Partidas, Costumbres de Tortosa, el Ordenamiento de Alcalá y la Novísima Recopilación, por lo que la doctrina del justo precio en la compraventa no llegó a consagrarse en el Código Civil vigente”(se refiere al Código Civil Español).

jurídicos en general (sin limitarla a un contrato en particular y sin tarificarla en cuanto a la magnitud, la que quedaba sujeta a la apreciación judicial). La lesión introducida por la reforma contemplaba tanto el elemento objetivo (la notable desproporción en las proporciones), como los elementos subjetivos (la explotación de una de las partes de la situación de inferioridad de la otra).

Con referencia al Libro Primero del Código Civil y Comercial de la Nación, también encontramos la protección a la parte más débil en la regulación de la lesión como vicio de los actos jurídicos, que se encuentra recogida en el artículo 332 con una redacción muy similar al art. 954 incorporado por la Ley 17.711. Solamente se modifica una palabra de la definición, y en vez de “ligereza”, se refiere a “debilidad síquica”.

ARTÍCULO 332. Lesión. Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda.

El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda.

Solo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción.

El negocio afectado por el vicio de lesión se realiza con discernimiento, intención y libertad, esto es, con todos los elementos internos de la voluntad sanos. Sin embargo, existe una anomalía del negocio que se produce por la explotación que realiza una de las partes al aprovecharse de la necesidad, debilidad psíquica o de la inexperiencia de la otra.¹⁷⁰

¹⁷⁰ HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Título Preliminar y Libro Primero, art. 1 a 400. Buenos Aires: Infojus, p. 539 ss.

El vicio de lesión consta de dos elementos subjetivos y uno objetivo. Los subjetivos son:

1. Inferioridad de la víctima:¹⁷¹ El estado de necesidad que refiere a un estado de peligro que pueda poner en riesgo la vida, la salud, el honor o la libertad de la persona afectada, o incluso sus bienes o cosas, siempre y cuando la amenaza tenga aptitud o idoneidad para determinarla a celebrar el negocio. La debilidad psíquica, cualquiera sea su procedencia, tiene que provocar una situación de inferioridad captada y aprovechada por la parte que lesiona en perjuicio de la otra. Obviamente, no cualquier situación de debilidad en esa órbita será relevante. Es preciso que genere un estado de inferioridad que incida directamente sobre la voluntad del sujeto. La inexperiencia, por otra parte, se ha definido como la falta de conocimientos que se adquieren con el uso y la práctica.

2. La explotación: El agente, a diferencia de lo que ocurre en caso de dolo, no genera la situación de inferioridad, sino que se adueña de ella, la explota y se aprovecha de esas condiciones anormales.¹⁷²

¹⁷¹ A diferencia de lo que dispone el artículo 327 del proyecto de 1998, la normativa en comentario nada dice en punto al aprovechamiento de la debilidad psíquica de los ancianos o cualquier otra situación que importe el sometimiento del sujeto al beneficiario del acto lesivo por su condición social, por su vinculación laboral, situación económica o cultural. “Art. 327 (Proyecto de 1999) (...) explotando la necesidad, la inexperiencia, la ligereza, la condición económica, social o cultural que condujo a la incomprensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad, o el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza (...).”

¹⁷² RIVERA, J. y MEDINA, G. (2016). *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, p. 439, diferencia a la lesión de la teoría de la imprevisión (art. 1091), porque esta última se aplica a los actos que originariamente contenían prestaciones equivalentes pero circunstancias sobrevinientes imprevisibles y extraordinarias convierten en sumamente oneroso para una de las partes el cumplimiento de la prestación. Por su parte, MOISSET DE ESPANES, L. (2020). “La lesión y el artículo 332 del nuevo Código Civil y Comercial”.

Es un obrar contrario a la buena fe, porque aun cuando no maquina ni oculta el estado de las cosas para que otro incurra en error, maneja las condiciones del negocio sabiendo que la otra parte no tiene las herramientas o cualidades personales para protegerse de la desventaja.

El elemento objetivo es la obtención de una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. A diferencia del antecedente francés y en la misma línea del Código Civil, el artículo en comentario no indica en qué medida dicha desproporción es jurídicamente relevante para ser considerada una “ventaja”, sino que deja librado ese extremo a la apreciación judicial.¹⁷³

Tres son los párrafos del artículo 332 que se vinculan con el elemento objetivo; el primero, que nos dice que habrá lesión cuando se obtuviere “una

En *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Sección Doctrina*, p. 18, agrega: “El contrato cuya modificación se solicita por causa de “imprevisión” ha sido inicialmente válido, y el elemento objetivo (daño) recién aparece con posterioridad y por eso se habla de “lesión sobreviniente.” Además, en la imprevisión el acto es perfectamente lícito y solo la variación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al contratar justificará su modificación ulterior; en cambio, el acto “lesivo” es ilícito, ya que una de las partes aprovecha a designio la situación de la otra para obtener, desde el primer momento –desde la celebración del acto– ventajas injustificables”.

¹⁷³ MARTÍNEZ PAZ, F. (2017). “La lesión subjetiva: Aspectos sustanciales y procesales a la luz del actual Código Civil y Comercial”. En *Microjuris.com*. Recuperado de: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/07/11/la-lesion-subjetiva-aspectos-sustanciales-y-procesales-a-la-luz-del-actual-codigo-civil-y-comercial-segunda-parte/>). Martínez Paz sostiene: “Si bien no puede haber aprovechamiento sin inferioridad, sí puede darse lo inverso: perfectamente puede mediar un estado de inferioridad sin que exista un aprovechamiento del mismo, y por ello, son tres –y no dos– los elementos configurantes de la lesión. Podemos concluir, entonces, que ambos están ligados en un sentido, pero no en otro. Además, afirmar que el legislador nacional ha establecido que probada la desproporción, se presume el estado de inferioridad y su explotación por parte del lesionante, importaría, en los hechos, volver a la «lesión enorme» del derecho romano, cuyas críticas son fácilmente advertibles”.

ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación”; el segundo, que hace nacer una presunción de aprovechamiento, cuando exista una “notable desproporción de las prestaciones”; y el tercero, que determina que “los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda”.¹⁷⁴

Se entiende que para que proceda la pretensión, el acto jurídico debe ser conmutativo y oneroso; de modo que la lesión no es admisible en los contratos gratuitos. Es que la ventaja que recibe una parte debe encontrar correlato en la que obtiene la otra. Si se destruye el natural sinalagma o equivalencia entre las prestaciones porque uno de los sujetos explota el estado de inferioridad del otro, podrá invocarse la lesión.

La víctima puede elegir entre la acción de nulidad y la de reajuste. El demandado, en tanto, solamente tiene a disposición la acción de reajuste de las prestaciones. Esta última implica que la parte que sacó ventaja ofrece un plus para equilibrarlas y expurgar así la inequidad producida por la explotación del estado de inferioridad del actor.

La acción para solicitar la nulidad o el reajuste por vicio de lesión prescribe a los dos años contados desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida –arts. 2562 y 2563, inc. e), CCyC–. De este modo, se levantan las críticas de la doctrina y se reduce sensiblemente el plazo de prescripción y el comienzo del cómputo.

IV. b) La lesión en la jurisprudencia argentina

Recientemente se han dictado fallos que resuelven casos planteados antes del 1° de agosto de 2015, y por lo tanto, producidos durante la vigencia del Código Civil, pero que de todos modos mantienen su vigencia.

Dentro de los fallos más relevantes sobre lesión, podemos mencionar:

1. Se puede condenar por lesión aunque el afectado no lo hubiere

¹⁷⁴ MOISSET DE ESPANES, *op. cit.*, p. 13.

solicitado (*iura novit curia*). Se trata de la condena a un banco por los préstamos excesivos otorgados a una jubilada (cliente vulnerable) para cancelar préstamos gravosos anteriores con la misma entidad bancaria.

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

Sala/Juzgado: C

Partes: Fello Elena Yolanda c/ Banco Piano S.A. s/ sumarísimo

Fecha: 27-may-2019

Cita: MJ-JU-M-119918-AR | MJJ119918 | MJJ119918

En los considerandos, se afirma que el reproche que el banco recurrente dirige al Juez con sustento en la indebida aplicación por él de lo dispuesto en el artículo 954 del Código Civil no resulta conducente.

Y continúa estableciendo que si bien es verdad que la actora no invocó expresamente esa norma (art. 954 del Código Civil), sí dejó planteados todos los presupuestos determinantes de su aplicación. De la relación de los hechos que realiza el juzgador, surge sin hesitación que la demandante dejó planteada la plataforma fáctica que se hallaba prevista en la citada norma del código derogado, por lo que no es cierto que el sentenciante haya violado el principio de congruencia o el derecho del banco a defenderse en juicio.

2. Una sociedad anónima no puede alegar lesión. Se trataba de un pacto de honorarios.

Partes: Bensa Karina Zoe c/ Administradora Club de Campo San Patricio S.A. s/ cumplimiento de contrato

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: B

Fecha: 13-oct-2016

Cita: MJ-JU-M-101927-AR | MJJ101927

Los honorarios pactados en un quince por ciento de las sumas de

dinero que con su actuación el abogado hiciese ahorrar a su cliente, deben ser respetados en tanto el cliente al momento de la contratación era una sociedad anónima que bajo ninguna circunstancia podría alegar una situación de inferioridad, lo cual descarta la existencia de una posible lesión subjetiva (art. 954 del Código Civil). A mayor abundamiento, cabe destacar que el demandado al momento de la contratación era una sociedad anónima (conf. fs. 538/591), por lo que bajo ninguna circunstancia podría alegar una situación de inferioridad respecto de la actora, a contratar de la forma en que lo hizo. Dicho extremo descarta de pleno la existencia de una posible lesión subjetiva (art. 954 del Código Civil).

3. Compraventa de la nuda propiedad. Inversión de la carga de la prueba cuando hay una notable desproporción.

Partes: C. J. c/ D. G. y otro s/ nulidad de escritura/instrumento

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: G

Fecha: 4-dic-2018

Cita: MJ-JU-M-116570-AR | MJJ116570 | MJJ116570

Ante la notable desproporción que se encuentra debidamente acreditada, se han de presumir “*iuris tantum*” todos los sub-elementos subjetivos de la lesión, pues resulta razonable sostener que se dio el aprovechamiento, conducta calificada del sujeto frente a un estado disminuido de otro, del cual aquel saca partido, sin contener a la vez la presunción de ese estado de aprovechamiento; de ahí que la inversión de la carga de la prueba es plenamente justificada pues es lógico inferir la explotación ante una notable desproporción.

V. Conclusiones

Coincidimos con Parra Martín¹⁷⁵ en que, en definitiva, con las Constituciones de Diocleciano comenzó a perfilarse de manera evidente la institución de la rescisión del contrato por *laesio ultradimidium*, siendo finalmente generalizada por el emperador Justiniano, alcanzando su desarrollo final con el derecho canónico y la glosa.

Gómez Buendía, por su parte, afirma que la doctrina mayoritaria sostiene que la generalización de la rescisión por lesión, con un contenido muy restringido, circunscrita al contrato de compraventa de inmuebles y solo prevista para el vendedor, se debe a Justiniano, influenciado por la filosofía estoica y la *humanitas* cristiana.¹⁷⁶

El efecto es el de rescindir un contrato formalmente válido, admitiendo la posibilidad de que el comprador pueda optar por complementar el precio.

Ghirardi¹⁷⁷ sostiene que si buscamos encontrar en la lesión un remedio jurídico para proteger a la parte (en abstracto) más débil de un contrato, en este caso la compraventa, cometeremos un grueso error. Consideremos simplemente a la *laesio* como una defensa, sí, pero concedida a ciertos vendedores (ni por asomo a la totalidad) que, por hallarse en situación especial de debilidad al contratar, cobraron menos de la mitad de lo que debían. No se trata de un principio general, ni puede hablarse de que proteja a una parte que en principio y por definición sea la más débil. El vendedor *a priori* no lo es, ni mucho menos, aunque algunos, en ciertos casos, puedan hallarse en esa situación. Para ellos, exclusivamente, es el beneficio.

Sin embargo, a partir de la Edad Media, como sostiene Wallinga,¹⁷⁸ el texto se convirtió en un principio básico de derecho contractual, que prescribe que haya un límite en la diferencia del valor de las prestaciones, y que en caso de que se traspase este límite la parte perjudicada pueda pedir la

¹⁷⁵ PARRA MARTIN, *op. cit.*

¹⁷⁶ GÓMEZ BUENDÍA, C. (2016). “*Laesio enormis* y *unfair advantage*: perspectiva histórica y comparada.” *Revista General de Derecho Romano*, 26, Iustel, Madrid.

¹⁷⁷ GHIRARDI, y FILIPPI, *op. cit.*

¹⁷⁸ WALLINGA, *op. cit.*

rescisión, mientras que la otra parte tiene la opción de elegir entre pagar un suplemento hasta el precio justo o rescindir el contrato.

La interpretación del instituto de la lesión –coincidimos con Chamie– puede hacerse desde un punto de vista distinto al de sus efectos: una visual más acorde con el principio que informa la figura (la equidad) y el fin que se propone en materia contractual (el equilibrio, reflejo de la imposición de esa equidad) en la satisfacción mutua de los contratantes. Todo lo que, en últimas, propende por una justicia contractual.¹⁷⁹

Finalmente, entendemos con Martínez Paz que la lesión, utilizada con cautela, configura una de las más importantes y eficaces herramientas que el ordenamiento jurídico exhibe para la defensa de la equidad y la justicia.¹⁸⁰

Bibliografía

CHAMIE, J. (2010). “Rescisión por lesión enorme: el problema del origen”. En *Revista de Derecho Privado*, N° 19, Universidad del Externado de Colombia.

GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Tomo III. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfica.

GARCÍA SÁNCHEZ, J. (2001). “La *laesio enormis*: del rescripto de Diocleciano (C. 4. 44. 2) al código de comercio hispano de 1829, pasando por Hevia Bolaño”. En *Revue Internationale des droits de l'Antiquité XLVIII*

GHIRARDI, J. C. y FILIPPI, C. (2004). “La *laesio ultradimidium*”. En XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano y *Revista General del Derecho Romano*, 13, Madrid, Iustel.

¹⁷⁹ CHAMIE, J. (2010). “Rescisión por lesión enorme: el problema del origen”. En *Revista de Derecho Privado*, N° 19, Universidad del Externado de Colombia, p. 23.

¹⁸⁰ MARTÍNEZ PAZ, *op. cit.*

GÓMEZ BUENDÍA, C. (2016). “*Laesio enormis* y *unfair advantage*: perspectiva histórica y comparada”. *Revista General de Derecho Romano*, 26, Iustel, Madrid.

HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Título Preliminar y Libro Primero, art. 1 a 400. Buenos Aires: Infojus.

MARTÍNEZ PAZ, F. (2017). “La lesión subjetiva: Aspectos sustanciales y procesales a la luz del actual Código Civil y Comercial”. En *Microjuris.com*. Recuperado de: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/07/11/la-lesion-subjetiva-aspectos-sustanciales-y-procesales-a-la-luz-del-actual-codigo-civil-y-comercial-segunda-parte/>.

MOISSET DE ESPANES, L. (2020). “La lesión y el artículo 332 del nuevo Código Civil y Comercial”. En *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Sección Doctrina*.

PARRA MARTIN, D., (2008). “La rescisión del contrato en los Rescriptos de Diocleciano. C. 4. 44. De *resciscenda venditione*. La *laesio ultra dimidium*”. En *Revista General de Derecho Romano*, 11, Madrid.

RIVERA, J. y MEDINA, G. (2016). *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley.

El sistema de valoración de la prueba en el procedimiento formulario, en el proceso extraordinario y en el CCCN

Por Rosa Luz Casen¹⁸¹

I. Introducción

El sistema que permite al juez valorar la prueba, principio de neto corte procesal, ha tenido diferentes formas a lo largo de la historia. Veremos que esta forma de ser del principio de valoración está directamente relacionado con la evolución histórica y las características de los sistemas de procedimiento. En las primeras épocas, cuando la prueba era rudimentaria y no técnica, en donde la prueba de testigos era la prueba protagonista en los procesos, el principio de libre apreciación judicial se imponía. A medida que la prueba va “hablando más técnicamente” y va especificándose hacia la obtención de datos precisos y ciertos, a veces sin posibilidad de ser

¹⁸¹ Abogada especialista en Derecho de Daños. Prof. Asociada Derecho Romano Fac.Der. y Cs Soc. UNT.

derrribadas por otros medios de prueba, el principio de valoración del juez sufre limitaciones. Es así que la prueba se reglamenta y se tasa. Se crean directivas precisas y vinculantes dirigidas al juez, que no puede apartarse de esas reglas en la justipreciación de algunos medios de prueba.

II. Los métodos de valoración

Un pequeño repaso de los diferentes métodos de valoración de la prueba sobre los que ha discurrido la doctrina nos conduce a decir que se han reconocido, en principio, tres sistemas o métodos de valoración: el de la prueba tasada, el de las libres convicciones y el de la sana crítica. Lino Palacio reconoce la existencia de dos sistemas fundamentales en orden a la apreciación de la prueba: el de la prueba legal (o tasada) y el de la libre apreciación del juez.¹⁸² En esta última postura, actualmente mayoritaria, se incluye al sistema de la sana crítica dentro del segundo de los mencionados. En la actualidad predomina una tendencia a favor del sistema denominado de la sana crítica.

Los fundamentos de cada uno de los sistemas tuvieron origen en diferentes épocas. Si nos referimos al sistema de las libres convicciones, podríamos ubicar su origen en la época romano-clásica, realista, inspirada en criterios lógicos de razón jurídica. En este sistema hay ausencia de reglas en la valoración de la prueba. Podría ir desde una absoluta discrecionalidad del juez hasta una libre valoración sujeta a ciertas reglas.

Por su parte, el sistema de la prueba tasada tendría origen en el primitivo sistema jurídico germánico, cuyo objetivo era obtener a través de ordalías la manifestación de la voluntad divina. Este sistema estaba inspirado por el dogma primitivo de la superstición religiosa, intolerante y ciega, respectivamente. Según este principio de prueba legal o tasada, las disposiciones de legislaciones (generalmente antiguas) indicaban al juez en qué forma debía atender –y qué valor dar– a ciertas diligencias probatorias. La crítica aneja

¹⁸² PALACIO, L. (2009). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 420.

a esta presentación consistía en la limitación a la libertad de conciencia del magistrado al momento de decidir (denominada “libertad probatoria”).¹⁸³

Para diferenciar las consecuencias de uno u otro sistema, podemos decir que, conforme al sistema de la prueba legal, tasada o tarifada, es el legislador el que le da valor a la prueba, siendo este valor vinculante para el juez. Por su parte, en el sistema de la libre convicción es el juez el que le asigna un precio a la prueba, conforme su conciencia se lo dicte. Como se ve, este sistema le da un poder absoluto al juez en su función jurisdiccional, ya que no tiene control ni regla que deba seguir en la valoración de la prueba.

En los siglos XIII y XIV era clara la vigencia de este sistema. Para Wyness Millar, citado por Palacio, había reglas a veces extravagantes, destinadas a predeterminar el valor de cualquier elemento probatorio. Por ejemplo, una regla decía que un testigo intachable hacía media prueba (*semiplena probatio*) y uno sospechoso (*testis suspectus*) menos de media (*probatio semiplena minor*), en tanto que un testigo intachable más uno sospechoso establecían más de media prueba (*probatio semiplena maior*).

III. Procedimiento formulario: Libre apreciación del juez

Los principios romanos relativos al sistema probatorio civil fueron evolucionando a través del paso de los distintos sistemas de procedimiento civil.

En el proceso formulario rigen dos principios fundamentales en el sistema probatorio romano: la carga de la prueba corresponde al actor y la prueba es de la libre apreciación del juez.

Nuestro tema se concentrará sobre el segundo de los principios, referido a

¹⁸³ PIÑA, A. (2019). “Crítica a la sana crítica. El artículo 10 del nuevo CPPF”. En *Revista Jurídica de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*. Nº 4. Disponible en: <https://www.amfjn.org.ar/2019/08/05/critica-a-la-sana-critica-el-articulo-10-del-nuevo-c-p-p-f/#:~:text=Prueba%20tasada%20alude%20a%20las,a%20ciertas%20diligencias%20probatorias9.&text=En%20lo%20positivo%2C%20se%20asociaba,la%20libertad%20probatoria%20del%20Juez.>

la apreciación de la prueba que hacía el juez en este proceso. En esta etapa del sistema formulario la valoración de la prueba queda al libre arbitrio del juez, quien a fin de arribar a una decisión no está sujeto a normas. Este principio tenía la excepción en la prueba de juramento, que producía el efecto de la cosa juzgada, y en la prueba de confesión, tanto *in iure* como *in iudicio*, ya que ambas equivalían a la condena. Dentro de sus facultades, el juez podía desechar testigos o documentos, limitar unos y otros, y como el desarrollo del debate probatorio era oral, no tenía que explicar las razones de la operación de seleccionar las pruebas de las que se hubiera valido para arribar a una decisión.

Si bien esta forma de apreciar la prueba por el juez siguió rigiendo, aunque no en la forma predominante en que lo hacía en el sistema formulario, en tiempos de Adriano y Constantino se promulgaron normas para regular algunos medios probatorios, tales como testigos y documentos. Estas normas guiaban al juez en la apreciación de la prueba, pero el principio de la libre convicción seguía siendo la regla, aun cuando no en la forma absoluta de antes.¹⁸⁴

En el proceso formulario, la prueba escrita no tenía gran importancia ya que predominaban los contratos verbales y solemnes. Al decir de Cuenca, Cicerón sostenía que era ridículo acreditarle mérito a una prueba escrita, que puede ser falsificada, antes que al testimonio de una persona honorable.¹⁸⁵ Contribuía a ello el hecho de que los medios gráficos eran tan frágiles para conservar la escritura en aquellos tiempos que necesariamente el testimonio debía merecerles más fe. A la inversa, en el proceso moderno el amplio desarrollo de la prueba escrita se debe a su mayor seguridad y perdurabilidad, y en cambio, se desconfía del testimonio.

Durante este sistema, es difícil establecer entre los romanos la distinción que se hace en el sistema probatorio moderno, entre instrumento público y privado, pues los romanos no organizaron registros públicos ni siquiera para la inscripción de las hipotecas. Ciertos actos como la manumisión,

¹⁸⁴ CUENCA, H. (1957). *Proceso Civil Romano*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 82.

¹⁸⁵ CUENCA, *op. cit.*, p. 87.-

adopción, adrogación, etc., aunque no se redactaban por escrito, derivaban la fuerza probatoria, cual si fuera un instrumento auténtico, de la obligatoria presencia y la intervención del magistrado en ellos. El documento firmado delante de tres testigos tenía más valor que el suscrito sin testigos. De todas maneras, el juez tenía un soberano poder de apreciación sobre la autenticidad de los instrumentos producidos por las partes.

IV. El proceso extraordinario

Este proceso comienza a ser aplicado solo por vía administrativa, en forma paralela al sistema de las *legis* acciones primero y del formulario después. No enviaba las partes ante el juez, y por su carácter práctico, menos rigorista, y sobre todo, por el respeto que a las instituciones le da la fuerza del Estado, afloró y arrolló al formulario desde el siglo III d. C.

A partir de que Roma comienza a ser una ciudad Estado en virtud de la victoria en las guerras, más a partir de Constantino hasta Justiniano, ya no es la ciudad privilegiada del quirite, sino que prevalecen los extranjeros de la otra orilla del Tíber, que han puesto en jaque a los órdenes sociales del Imperio, lo que queda en evidencia cuando Caracalla extiende la ciudadanía a toda la población. Falta ahora ese pueblo modelo, dotado de privilegios. Roma es Roma-Estado. Es entonces cuando las nuevas generaciones consideran como estorbo y de mala fe las fórmulas rígidas y secas, que eran indispensables para poder obrar en justicia. Un sentimiento de libertad se impuso a este respecto.

Por ello, los emperadores acogieron un sistema más libre y más humano que surgía en el ámbito del derecho. Las fases *in iure* e *in iudicio* se funden en una, se identifica en una sola persona al magistrado y al juez, la justicia pasa a ser función del Estado, obligación pública.

Con este procedimiento el hombre abandona definitivamente el sendero de la justicia privada para encaminarse por el de la justicia pública, asemejándose al actual sistema de justicia. En esta etapa el derecho romano es más público que privado por la directa intervención del Estado en todas sus instituciones y muy especialmente en la administración de justicia.

Es la investigación la característica de la *cognitio extraordinem*. Este proceso busca averiguar la verdad, la razón por encima de los litigantes. Que no sea el hábil el que maneje el proceso. Éste no dependerá ya de la oratoria exclusivamente. Antes el pretor se limitaba a dirigir el debate; ahora el magistrado se pone en contacto directo con las personas y las cosas del proceso, y él mismo oye a las partes, investiga los hechos y dicta la sentencia. Hay una real intermediación. En esta búsqueda de la verdad puede verse el origen del proceso de conocimiento actual. Así como en los dos primeros sistemas había predominado el principio dispositivo, en la *cognitio* es el inquisitivo.

Al decir de Cuenca, es tan vigente y perdurable la influencia del sistema extraordinario sobre el proceso moderno que cualquier jurista de nuestra época con una dosis de latín vulgar o griego hubiera podido ejercer la profesión en Bizancio en la época del Bajo Imperio.¹⁸⁶

A partir del edicto perpetuo, se restringe el *ius edicendi*. Es el príncipe, a través de sus constituciones, el que indica al prefecto las normas conforme a las cuales debe administrar justicia. Las dudas no son resueltas como en el derecho clásico, por las respuestas de los prudentes que tenían el *ius respondendi*, sino por el emperador mediante rescriptos. El emperador lucha por imponer su voluntad y suspende cualesquiera normas que no fueran de su agrado. La función del prefecto en el sistema extraordinario es menos de magistrado, pero más de juez. Es la preeminencia del principio dispositivo sobre el inquisitivo.

La jurisprudencia no decae por completo. Se consagra un derecho más firme cuando el emperador Adriano confía a Salvio Juliano la redacción del edicto perpetuo promulgado en el 130. Este edicto es la ley que debe aplicar el juez y aun cuando posteriormente se le concede la facultad de fijar nuevas normas, ya no tienen, como antes, carácter de ley.

En esta etapa del proceso extraordinario, la fórmula y las dos instancias se dejan de lado. No son las partes las que eligen un juez. Éste es el mismo desde el principio hasta el final. Nada es contractual, todo se realiza por imperio de la ley. Todas estas características son consecuencia del carácter público que asume el nuevo sistema procesal.

¹⁸⁶ CUENCA, *op. cit.*, p. 124.

Sin embargo, se critica la falta de unidad en el proceso ya que en su contenido se mezclan leyes romanas y costumbres bárbaras, producto de nuevas y viejas leyes, de diferentes costumbres y civilizaciones. Es un proceso menos formalista e impreciso, pero más práctico, rápido y sencillo.

El nuevo proceso es escrito en su mayor parte con una minoría de actuaciones orales, lo contrario del formulario. La publicidad del proceso también sufre un cambio ya que el acceso del público al recinto judicial no es libre.

A partir del siglo III, en el que el proceso extraordinario se extiende a todo el Imperio, la Corte es trasladada a Constantinopla. Roma desde entonces es considerada una provincia.

Así como el juez moderno se limita a aplicar la ley en el proceso con los poderes discrecionales, más o menos amplios, según los diversos tipos de legislación, así el prefecto, vicario, obispo o rector, durante el sistema extraordinario, se limitaba a aplicar la ley ya formulada de antemano en los Códigos y en las disposiciones imperiales, e incluso tenía a mano la interpretación exegética recogida por los compiladores bizantinos.

En resumen, los jueces desempeñan una función jurisdiccional estricta y limitada. Ese poder de administrar justicia lo reciben por delegación del príncipe, tal lo que ocurre con el juez moderno que tiene su poder por delegación del Estado. El gran juez es el emperador. El resuelve las dudas, revisa sentencias.

Esta caracterización que hicimos del proceso extraordinario viene a cuento para entender el cambio en el principio de la apreciación de la prueba.

En efecto, el juez (prefecto, vicario, etc.), para averiguar la verdad, tenía más amplitud que en nuestro proceso, podía interrogar a las partes cuantas veces creyera conveniente, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, donde el juez solo podría interrogar un testigo no ofrecido por las partes, en virtud de una medida para mejor proveer. En esta etapa los principales medios probatorios son: confesión y juramento, documentos, testigos, experticia y reconocimiento judicial.

Al decir de Cuenca,

no sabemos si la apertura del debate probatorio se verificaba automáticamente después de terminado el acto de la *Litis contestatio*, o si era menester

una providencia del Juez llamando a pruebas. Pero sí es indudable que se operó un cambio fundamental en el régimen de la prueba. De la libre apreciación, se transurre ahora a una convicción regulada mediante ciertas reglas y hasta con un pequeño sistema de tarifa probatoria. A menudo la reglamentación es tan minuciosa que resulta chocante y arbitraria; pero no siempre ocurre así.¹⁸⁷

El cambio que se produce es realmente importante. El juez ya no es libre en la apreciación de la prueba ya que se encuentra sujeto a reglas.

Concordante con ello, el principio *actori incumbit onus probandi* cambia también, hasta parecerse al modo del derecho probatorio moderno. La obligación de aportar la prueba no tiene que ver con la posición que se adopte en el litigio, como ocurría en el sistema formulario, en el cual la carga de la prueba la tenía el actor y el juez solo apreciaba esa prueba. El principio se modifica en el sentido de que todo aquel que afirme algo debe demostrar su afirmación o un hecho, independientemente de que sea demandante o demandado. De la misma manera, todo hecho debe ser acreditado, sea hecho creador, extintivo o modificativo, por quien pretenda beneficiarse de él. En cuanto a la prueba negativa, dice el Código, quien niega un hecho no necesita probarlo.¹⁸⁸

Cuenca alude a una regla de Constantino del año 325, relativa a la prueba del actor de un proceso de reivindicación, del cual el juez no se podía apartar. Según esta regla, si el reivindicante no demostraba su propiedad, el fundo no podía ser atribuido al demandado por el solo hecho de la incapacidad o insuficiencia probatoria del demandante, y el demandado debía a su vez probar la propiedad. Sin embargo, sostiene Cuenca, esta constitución no fue acogida en el Corpus de Justiniano, a pesar de su profunda trascendencia.¹⁸⁹

A medida que se afianza la *cognitio*, la prueba está más reglamentada, aunque no coarta el poder inquisitivo del juez, sino que hace más precisos

¹⁸⁷ CUENCA, *op. cit.*, p. 146.

¹⁸⁸ C. 4, 19, 23.

¹⁸⁹ CUENCA, *op. cit.*, p. 147.

y eficaces los medios de convicción. El magistrado puede ordenar, de oficio y a solicitud de parte, todas las pruebas que considere indispensables para la averiguación de la verdad, poder éste de que carece nuestro juez civil y solo lo tienen los funcionarios judiciales en el proceso penal y del trabajo. El principio *iura novit curia* no tiene propiamente aplicación en el nuevo régimen procesal. Antes, en las acciones de la ley y en el sistema formulario, el juez debía conocer y aplicar el derecho y no podía establecerse la presunción de que la ley era conocida por las partes, puesto que en las *legis actiones* las fórmulas eran secretas. En cambio, en el extraordinario, la presunción de conocimiento del derecho obra poderosa y efectivamente contra los litigantes. Ello es vigente en la actualidad: el derecho se presume conocido por todos y nadie puede alegar su desconocimiento para eludir una responsabilidad.

Si bien, como sostuvimos, el magistrado tenía un pleno poder de inquisición en la investigación de la verdad, los medios probatorios estaban sometidos a cierto control legal. La prueba es más técnica, y como el papiro y el pergamino son más accesibles a los ciudadanos, al mismo tiempo que la escritura se ha divulgado, la prueba escrita alcanza, a partir de esta época, una absoluta preeminencia sobre la testifical, al punto que no se permite con ésta destruir aquella, y en ciertos casos de actuaciones oficiales, relativas al Estado, solo el documento hacía prueba fehaciente.

Otra gran novedad del derecho probatorio del Bajo Imperio es el establecimiento de las presunciones como medios indirectos de convicción, cuestión discutida en Italia, al decir de Cuenca, entre eminentes romanistas como Scialoja, Ferrini, Ramponi, etc.

Algunos llegan a la conclusión de que las presunciones, tal como se entienden en el derecho moderno, nunca llegaron a existir en el derecho romano y que las expresiones *praesumere* y *praesumptio*, según afirma Ferrini, fueron obra de los compiladores posteriores, quienes las interpolaron al texto clásico. Scialoja dice que ha habido presunciones *hominis* desde que han existido pruebas y que en el derecho clásico existió la presunción como “un mero instrumento teórico, del cual se había prescindido antes y del cual se hubiera podido prescindir después”.¹⁹⁰

¹⁹⁰ CUENCA, *op. cit.*, p. 148.

Existieron en el derecho justiniano presunciones *hominis*, extraídas por el juez de las actas del proceso, y presunciones *iuris*, que son reglas de derecho. Las jurídicas son *iuris et de iure* y *iuris tantum*. El proceso formulario solo permitía al juez obtener presunciones *hominis*, sacadas del conjunto de hechos demostrados. Pero en el sistema extraordinario la presunción se extiende no solo a los hechos, sino también al derecho.

En cuanto a la prueba documental, tenía preferencia sobre la testimonial y menos eficacia que la confesión y el juramento. Justiniano estableció que la autenticidad del documento se demostraba mediante la firma de tres testigos.

Tal como ocurre en el derecho moderno, por la prueba testifical se incorporan al proceso los hechos que han caído bajo el dominio de los sentidos. También ayuda a dar autenticidad a la prueba escrita, si bien no se permite el testimonio para desvirtuar el contenido de la prueba escrita.

No obstante que el sistema de prueba legal no fue propio del período del proceso extraordinario, sí existieron limitaciones que podrían ser un germen de esa prueba por tarifa.

Por ejemplo, Constantino, en una célebre constitución, negó toda fe al testigo único, sin consideración a sus cualidades personales: “Del mismo modo mandamos, que ningún juez consienta fácilmente que en una causa cualquiera se admita el testimonio de un solo testigo. Y ahora mandamos terminantemente, que en manera ninguna se oiga la respuesta de un solo testigo, aunque brille con la dignidad de la preclara curia”.¹⁹¹ Se prefiere al más digno de fe y mayores en número.

Cuenca recurre al Digesto, referido a la apreciación de la prueba testimonial donde en un fragmento de Calístrato se dice que el emperador Adriano respondió a Vivio Varo, que le consultaba cómo debía apreciar dicha prueba, lo siguiente: “Tú puedes saber mejor la fe que se debe dar a los testigos, a saber, quiénes son, cuál es su dignidad y estimación y quiénes parece que refieren sencillamente lo que dicen”.¹⁹²

Como se ve, la prueba ofrecida por las partes y la obtenida de la propia

¹⁹¹ C. 4, 20, 9, 1.

¹⁹² CUENCA, *op. cit.*, p. 152.

actividad del juez no estaban sujetas a un principio absoluto en la apreciación que de ellas hacía el funcionario. Ni una libertad absoluta de apreciación, ni tampoco el hermético sistema de la prueba legal.

El poder de apreciación, según Cuenca, dentro de muchos desconciertos,

estuvo a veces ceñido por una reglamentación, menos restringida bajo unos emperadores, más minuciosa bajo otros, cambiante siempre, como lo demuestran esos abigarrados y disímiles fragmentos que sobre la valoración de la prueba presenta el cuerpo del Digesto. Pero, nos parece cierto que aquella variedad es razón suficiente, por lo menos, para impedir la prevalencia absoluta de algunos de estos dos modos de apreciación y para calificarla con el rótulo moderno pero más adecuado, de la santa crítica.¹⁹³

Si bien, como antes dijimos, el juez estaba dotado de amplios poderes de investigación para obtener la verdad (plena *inquisitio*), en el sentido de que no debía conformarse con el aporte de hechos suministrados por la actividad probatoria de las partes, sino que estaba autorizado para promover y evacuar de oficio, sin instancia de parte, todas las pruebas que considerare necesarias, su poder de apreciación estuvo siempre sometido a una oscilante reglamentación.

Ejemplo de ello, en el Digesto se ordena al juez hilar y concordar las diferentes pruebas entre sí, no solo las de una misma naturaleza, sino también los diferentes medios y modos probatorios, relacionando los documentos, el testimonio, la experticia, la inspección ocular, etc., entre sí, con el propósito de obtener conclusiones claras y precisas conforme a su convicción interna. Un fragmento admite que no se puede definir con regla cierta lo que es suficiente para la justificación o prueba de las cosas. Si todos los testigos merecen fe por su condición, dignidad y honestidad, no debe en este caso atenerse al número, sino a la fe sincera y a los que aparezcan sustentando la verdad.¹⁹⁴

Según un principio de Pablo, la prueba corresponde al que afirma y no

¹⁹³ CUENCA, *op. cit.*, p. 156.

¹⁹⁴ D. 22, 5, 3, 1.

al que niega, lo que confirma la exoneración de la prueba negativa. Pero el mismo Pablo opina que quien sostiene que su adversario ha sido privado de un derecho debe probarlo.

En fin, mientras el poder de inquirir la verdad es amplio, el de apreciación de la prueba, en cambio, está dominado por ciertas restricciones establecidas por la ley. Así, por ejemplo, la prueba oral no puede prevalecer sobre la escrita. Ésta es la única prueba admisible en los asuntos oficiales y, por último, el juez debe admitir ciertos hechos por imperio de la ley, sin permitir contraprueba (*praesumptiones iuris et de iure*).

Como se ve, el cambio que sufre el principio de apreciación de la prueba desde el procedimiento formulario hasta el cognitorio, está íntimamente ligado al desenvolvimiento histórico, ya que cuanto más rústica era la prueba, mayor era la libertad del juez en el poder de apreciación. Cuanto más sofisticada, técnica y avanzada es la prueba, más restricciones sufre la posibilidad del juez de apreciarla.

En el procedimiento extraordinario, en cuanto a la valoración, la única zona de libertad que goza el magistrado es la de que no está obligado a hacer el análisis de la prueba, y a veces, tampoco a determinar el grado de credulidad que le asigna. No debe olvidarse, por otra parte, que en una sociedad oligárquica e imperial como es ésta del Imperio romano helénico, el testimonio del ilustre prevalece sobre el del siervo o el de la gente común.

VI. Reglas de valoración de la prueba en el Código Civil y Comercial de la Nación

Coinciden los autores (Jorge Rojas y Roland Arazi) que el Código Civil y Comercial de la Nación es una obra con una carga importante de normas procesales, que en este momento se encuentra en desarrollo, por lo cual una crítica sería prematura, más allá de que algunas ya se han venido efectuando. En esa línea, entre tantos temas procesales que se han abordado en el nuevo Código, existe también una intromisión especial en materia de prueba.¹⁹⁵

¹⁹⁵ ROJAS, J. (2018). "¿Existen nuevas reglas de valoración de la prueba?" En *La Prueba. Obra en*

La vinculación que existe entre las reglas de la sana crítica que mandan al juez a observar los códigos procesales locales, a fin de evaluar los hechos materia de debate y elaborar su sentencia, se deben adosar y complementar con las nuevas pautas que surgen –sobre todo– del título preliminar del CCCN, más allá de la innumerable cantidad de normas que contempla este nuevo ordenamiento en materia probatoria.

El artículo 386 del CPCCN es claro en su redacción, con lo cual este análisis consistirá en determinar la existencia de nuevas pautas (o no), para la valoración de la prueba: “Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa”.

Este artículo establece el principio de la sana crítica como regla. Pero, con la excepción que plantea en la frase “salvo disposición legal en contrario”, nos introduce dentro del sistema de la prueba tasada.

Si bien es el juez quien tiene que apreciar la prueba, ya que se trata de una función de su exclusiva incumbencia, también las partes hacen una valoración en el momento de los alegatos.

Por su parte, el nuevo CCCN da muestras de la necesidad de cohabitación de estos dos sistemas, pues si bien alude expresamente a la observancia de la sana crítica, existen diversas normas que responden al sistema de apreciación tasada de antemano por el legislador. Ejemplo es el artículo 1019, que alude a los medios de prueba en los contratos: “Medios de prueba. Los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial. Los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos”. Se ve con claridad la coexistencia de sistemas del que hablamos.

homenaje al Dr. Roland Arazi. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 1. Disponible en: <http://jorgearojas.com.ar/wp-content/uploads/2018/03/Existen-nuevas-pautas-de-valoraci%C3%B3n-de-la-prueba.pdf>.

Otro ejemplo surge del artículo 296, que refiere a la eficacia probatoria de los instrumentos públicos:

Art. 296: El instrumento público hace plena fe:

a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal;

b) en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario.

Los diferentes incisos se relacionan con la distinción que hace la doctrina entre falsedad material, intelectual e ideológica.

Mientras que la eficacia probatoria de los instrumentos privados también ha sido justipreciada en el artículo 319 del CCCN. “El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen”.

Por su parte, en el artículo 312 se da una directiva al juez en cuanto a la interpretación de las actas notariales: “Valor probatorio. El valor probatorio de las actas se circunscribe a los hechos que el notario tiene a la vista, a la verificación de su existencia y su estado. En cuanto a las personas, se circunscribe a su identificación si existe, y debe dejarse constancia de las declaraciones y juicios que emiten. Las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial”.

En la eficacia probatoria de los libros de contabilidad también contienen directivas al juez en el artículo 330:

Art. 330: Eficacia Probatoria. La contabilidad, obligada o voluntaria, llevada en la forma y con los requisitos prescritos, debe ser admitida en juicio, como medio de prueba.

Sus registros prueban contra quien la lleva o sus sucesores, aunque no

estuvieran en forma, sin admitírseles prueba en contrario. El adversario no puede aceptar los asientos que le son favorables y desechar los que le perjudican, sino que habiendo adoptado este medio de prueba, debe estarse a las resultas combinadas que presenten todos los registros relativos al punto cuestionado.

La contabilidad, obligada o voluntaria, prueba en favor de quien la lleva, cuando en litigio contra otro sujeto que tiene contabilidad, obligada o voluntaria, éste no presenta registros contrarios incorporados en una contabilidad regular.

Sin embargo, el juez tiene en tal caso la facultad de apreciar esa prueba, y de exigir, si lo considera necesario, otra supletoria.

Cuando resulta prueba contradictoria de los registros de las partes que litigan, y unos y otros se hallan con todas las formalidades necesarias y sin vicio alguno, el juez debe prescindir de este medio de prueba y proceder por los méritos de las demás probanzas que se presentan.

Si se trata de litigio contra quien no está obligado a llevar contabilidad, ni la lleva voluntariamente, ésta sólo sirve como principio de prueba de acuerdo con las circunstancias del caso.

La prueba que resulta de la contabilidad es indivisible.

A su vez, por el avance científico en materia de pruebas, ya que cada vez más se requiere de pruebas brindadas por expertos y técnicos en determinadas áreas, a veces se le plantea al juez recurrir a pruebas que no son las convencionales y que requieren una destreza de parte del juez. Son pruebas de alta especialidad lo que obliga al juez a aplicar su criterio y pericia en la valoración de una prueba determinada.

Así, en el CCCN el artículo 579 se refiere a una prueba científica y específica, cual es la prueba genética.

Artículo 579. Prueba genética. En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte.

Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos.

Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente.

Surge claro que el juez no puede apartarse de la regulación que hace el Código, indicándole cómo se va a realizar esta prueba y el valor de la misma.

Vemos que existe una importante regulación en materia procesal en el nuevo ordenamiento civil y comercial. Esta intromisión en materia procesal está relacionada con los principios que trata el CCCN de priorizar. Pero no puede negarse que contiene aspectos novedosos en materia de prueba, dándole al juez directivas que limitan la discrecionalidad en cuanto a la apreciación que pueda hacer de ellas.

El nuevo ordenamiento brinda pautas que tienen que ver con la valoración de un determinado medio de prueba, o bien, con los recaudos que se deben observar para su validez, o pautas interpretativas para su producción, con la proyección que esto implica al estar incluidas dentro de la legislación sustancial.

VII. Conclusiones preliminares

Hemos recorrido los sistemas de valoración de la prueba durante el procedimiento formulario y en el proceso extraordinario. Hemos visto cómo rige la libre apreciación cuando la prueba es más elemental y cómo la discrecionalidad del juez se va acotando a medida que la prueba es más avanzada.

Vemos que con el nuevo ordenamiento del CCCN se han reglado aspectos importantes en materia de prueba, y más aún de su valoración. Al ser un ordenamiento reciente, todavía no sería tiempo de sacar conclusiones definitivas sobre su funcionamiento. No cabe duda de que es un nuevo escenario el que se está desarrollando.

Y así, vimos que si bien la regla es la sana crítica, también existen importantes normas que son ejemplo de prueba reglada.

No hay dudas de que hay una regulación procesal en el código de fondo, pero se relaciona con las características del nuevo ordenamiento, que le asigna un nuevo rol al juez y a las partes.

Los nuevos principios del CCCN tratan de ir hacia una justicia más eficiente, atendiendo a las circunstancias del caso en concreto.

La directiva del artículo 3, dirigido específicamente al juez, es un ejemplo de ello, señalándole que debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión “razonablemente fundada”. No es la fría ley la que debe tenerse en cuenta en forma predominante. Son otros los principios que impregnan el nuevo ordenamiento. La Constitución Nacional y los tratados internacionales están por encima, por lo tanto el juez no puede prescindir del contexto en el cual aplica la norma. La constitucionalización del derecho privado es indudable en materia de prueba, y el nuevo CCCN es un claro ejemplo de ello.

¿Funcionarios públicos en Roma? ¿Y en la actualidad? Características y requisitos. Comparación entre la República romana y la República Argentina

Por Nazarena Castresana¹⁹⁶ y Lourdes María Llorvandi¹⁹⁷

Resumen

¿Podríamos hablar de la existencia de funcionarios públicos en la República romana? ¿Es éste un concepto surgido en la modernidad? ¿O podríamos remontar sus orígenes en la antigua Roma? Por ello, en este trabajo nos proponemos develar similitudes y diferencias en la institución desde

¹⁹⁶ Abogada, Notaria y Lic. en Ciencia Política (UCC). Miembro del Instituto de Derecho Romano “Dr. Agustín Díaz Biale” de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Adscripta de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba. Ciudad de Córdoba. Cel.: 2664869178. Mail: nazarenacastresana@hotmail.com.

¹⁹⁷ Abogada (UCC). Miembro del Instituto de Derecho Romano “Dr. Agustín Díaz Biale” de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Adscripta de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de ADRA. Ciudad de Córdoba. Cel.: 3854405771. Mail: lourdesllorvandi@gmail.com.

ambas ópticas y centralizando en las características de gratuidad y temporalidad que ostentarían dichos cargos tanto como los requisitos para acceder a los mismos.

Palabras claves: derecho romano; república; funcionario público

Abstract

Could we talk about the existence of public officials in the roman Republic? Is this a concept that emerged in modernity? Or could we trace its origins back to ancient Rome? For this reason, in this work we intend to reveal similarities and differences in the institution from both perspectives and focusing on the characteristics of gratuity and temporality that these positions would hold as well as the requirements to access them.

Keywords: roman law; republic; public official

I. Introducción

¿Podríamos hablar de la existencia de funcionarios públicos en la República romana? ¿Es este un concepto surgido en la modernidad? ¿O podríamos remontar sus orígenes en la antigua Roma?

¿En qué momento comienzan los cargos públicos a tornarse pagos? ¿Y por qué? El paso de la característica de la vitalidad en los cargos al principio de periodicidad, ¿cómo fue? En cuanto a los requisitos, ¿notan que siempre aparece la cuestión de la edad? Para acceder a ser pretor en Roma se necesitaban en un principio 38 años y para ser diputado en la República Argentina la Constitución Nacional exige un mínimo de 25 años, ¿por qué? En las próximas páginas intentaremos vislumbrar algún tipo de respuesta, develando similitudes y diferencias en el ejercicio de la función pública desde ambas ópticas.

Para dar inicio al presente trabajo nos proponemos hacer una relación de conceptos entre lo que en nuestros días entendemos por funcionario público, que según la Real Academia Española (RAE) se define como: “Funcionario que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participa en el ejercicio de funciones públicas”,¹⁹⁸ con lo que se entendía en la antigua Roma. Ahora bien, hacer dicha extrapolación de conceptos, ¿sería adoptar una mirada demasiado sesgada del tema, considerando que pocas de las características que adopta el concepto actual eran las exigidas en Roma? ¿Sería acertado negar que entre un funcionario público y una persona que realizaba el *Cursus Honorum* en Roma existen múltiples similitudes?

Al adentrarnos a la comparación respecto de ciertas características relativas a los funcionarios públicos entre de la República de Roma (509 a. C. al 27 d. C.) y la República Argentina, nos vemos obligadas, debido a exigencias metodológicas y de posibilidades fácticas, a realizar un recorte temporal y analítico. Vamos a focalizarnos, específicamente, en nuestra Constitución Nacional (en adelante CN), dictada en 1853 con su última reforma de 1994, siendo la carta magna, cúspide del sistema normativo y norma fundamental.

II. Instituciones de la República romana

Siempre es propicio recordar que la República romana remonta sus inicios en el 509 a. C. tras la expulsión de su último rey Tarquino el Soberbio por grandes conflictos sociales latentes en la época, entre ellos la falta de acuerdo entre patricios y plebeyos, que fue cada vez mayor. La constitución de la República romana se basaba en un equilibrio de órganos que se controlaban mutuamente: magistrados, comicios y Senado. Así, quedaron configurados dos niveles de organización política: el formado por miembros de la clase senatorial, al que se le asignan principalmente

¹⁹⁸ Extraído de <https://dpej.rae.es/lema/funcionario-p%C3%BAblico> (ultimo acceso 3/10/2020).

competencias políticas y de dirección – magistrados, promagistrados y *vigintisexviri*–, y el integrado mayoritariamente por libertos dedicados a la gestión administrativa (apparitores) y por esclavos públicos.

Para acceder a ser senador se debía realizar el conocido *Cursus Honorum*, conformado por cinco cargos que constituían la carrera ordinaria de la magistratura romana. Se llama así a la dignidad, cargo y conjunto de atribuciones con las cuales, en Roma, sobre todo en la época republicana, se investía a un ciudadano para que desempeñara determinadas funciones relacionadas con la administración y dirección política de la ciudad.

También podemos distinguir las particularidades geográficas de la República conformada por tres zonas diferentes: Roma, regida por magistrados; el resto de Italia, dirigida desde la capital y gestionada fundamentalmente a través del sistema municipal y colonial; y las provincias, para las que se nombraron gobernadores o promagistrados, es decir, un magistrado mayor, pretor o cónsul, a quien después del desempeño de su magistratura en Roma y de un cierto intervalo se le conferían poderes para gobernar una determinada provincia con el título de propretor o de procónsul. Así, las provincias quedaron divididas en consulares y pretorias según el rango de sus gobernadores.

Adentrándonos en el ya mencionado *Cursus Honorum*, nos encontramos que desde épocas de la monarquía existía el cargo de cuestor, como jueces en lo criminal, pero tras la instauración de la nueva forma de gobierno se les dejó encargados del erario público (recibir y custodiar los ingresos y realizar los pagos que se les encomendasen).¹⁹⁹ Durante esta época se crearon cargos como los cónsules, pero rápidamente comenzaron las exigencias de los plebeyos de tener su representante. En un primer momento hubo una fuerte resistencia por parte de los patricios, creando tribunos militares con parte plebeya y parte patricia. Finalmente se acepta que los plebeyos tuvieran un cónsul.²⁰⁰ Al mismo tiempo, se creó el cargo de edil curul, que al igual que los cónsules comenzó siendo un cargo exclusivo de patricios, modificándose

¹⁹⁹ ULPIANO. D. 1. 13. 1. pr-3. GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Jaime Molinas.

²⁰⁰ D. 1. 2. 1. 25, 26. GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.* Ello fue permitido a través de las leyes Sextas y Licinias.

ello más adelante. También se creó el cargo de pretor, instituido por las leyes Sextas y Licinias. Dividiéndolos a estos últimos en pretores urbanos, para que atendieran la administración de justicia de la ciudad, y pretor peregrino, para que se ocuparan de los extranjeros.²⁰¹ Posteriormente, aparecieron pretores de las provincias para ocuparse de ellas, y así llegaron a ser dieciocho por la creación de variadas funciones para cada uno, principalmente presidían cada órgano judicial existente. También encontramos en esta época cargos como los tribunos de la plebe, apparitores, decenviros, quartuoviros, triunviros de la moneda, triunviros capitales, quinqueviro, entre muchos otros.²⁰²

En cuanto a los cargos civiles, algunos correspondían a los patrimonios, otros a las personas²⁰³ y otros son los honoríficos, estos últimos, los que nos evocan en esta ocasión. Solo a modo de referencia, mencionaremos que en cuanto a los primeros son los que se hacen con el desembolso, donde podemos mencionar cargos como el transporte de vehículos o el de decemprimato. Para ellos no hay requisitos ni de edad, ni número de hijos. Respecto a los segundos, es el que se cumplió solemnemente con el cuerpo, trabajo, ánimo y vigilancia. Allí encontramos cargos como la defensa de la ciudad, tutor, curador o reparación de la vía pública, entre otros.

A los fines del presente trabajo nos centraremos en las figuras de los senadores y de los magistrados que conforman la carrera del *Cursus Honorum*.

III. Requisitos

Para poder ser senador se exigía ser ciudadano romano,²⁰⁴ residir en la ciudad, ser de origen ingenuo²⁰⁵ y haber sido magistrado curul.

²⁰¹ GAYO. D. 1. 2. 1. 27, 28. GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*

²⁰² GAYO. D. 1. 2. 29, 30, 31. GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*

²⁰³ HERMOGENIANO. D. 50. 4. 1. pr, 1, 2, 3, 4. GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*

²⁰⁴ Exigencia máxima establecida por el ordenamiento de la época.

²⁰⁵ Ingenuo es quien ha nacido libre y nunca ha caído en esclavitud. Recordemos que los estados son tres: ingenuo, liberto y esclavo.

En lo que respecta el *Cursus Honorum*, mientras mayor el puesto, mayores eran los requisitos. Tras diez años de servicio militar,²⁰⁶ se iniciaba en la cuestura, donde se requería tener 28 años para poder ingresar; luego para edil curul, 35; siguiendo con 38 para pretor; y finalmente 40 para cónsul.²⁰⁷ Las edades se tenían en especial consideración debido a la creencia de la época de que la vejez conllevaba madurez y sabiduría, tal y como se expresa en el párrafo del principio del fragmento quinto del título sexto del libro quincuagésimo del Digesto (D. 50. 6. 5. pr):

5. Calístrato; De las jurisdicciones, libro I.- Siempre en nuestra ciudad fue venerable la senectud; porque nuestros mayores tributaban a los ancianos casi el mismo honor que a los magistrados. El mismo honor se tributó también a la senectud respecto al desempleo de los cargos municipales. Pero el que en la vejez se hizo rico, y antes no desempeñó ningún cargo público, se puede decir que no se exime de esta carga por privilegio de la edad, principalmente si el desempeño del cargo impuesto contuviera no tanto trabajo corporal, como gasto de dinero, y el cargo fuera de la ciudad en la que no se hallara fácilmente hombres suficientes para los cargos públicos.

En la época existía la creencia de una mayor dignidad en el sexo masculino, por lo que los cargos eran ocupados por hombres²⁰⁸ y se excluía a las mujeres y los impúberos de oficios civiles o públicos, incluyendo el desempeño de las magistraturas y la judicatura.²⁰⁹ Es importante aquí destacar la palabra dignidad, usada múltiples veces en el libro primero, capítulo noveno del corpus, acepción acuñada por el catolicismo referenciando al hombre creado a imagen y semejanza de Dios. En realidad, en la época republicana podríamos hablar más del honor de los hombres que de su

²⁰⁶ MOMMSEN, T. (2007). *Historia de Roma*. Madrid: Turner. Vol. II, p. 104 y ss.; Vol. IV p. 65 y ss.

²⁰⁷ Edades establecidas por la *Lex Villia Annalis* posteriormente modificadas por la *Lex Cornelia*.

²⁰⁸ ULPIANO. D. 1. 9. 1. pr. GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*

²⁰⁹ ULPIANO. D. 50. 17. 2. pr, 1. GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*

dignidad, pero teniendo en cuenta que esta recopilación se realiza ya en tiempos de Cristo, se entiende esta transposición de palabras.

Múltiples fragmentos del título cuarto del libro quincuagésimo del Digesto sugieren la diferencia entre el honor de formar parte de los altos cargos públicos, conformados por el conocido *Cursus Honorum*, y formar parte de los simples cargos civiles, tareas que aparentemente todos quisieran eludir.

Es curioso destacar que no era considerado impedimento para ser elegido la disminución auditiva, por ejemplo, pero sí la fatiga o debilidad corporal.²¹⁰

Podemos diferenciar que sí se puede compeler a una persona a aceptar un cargo personal, pero no a aceptar uno honorífico.²¹¹ Existen múltiples exenciones a los cargos civiles, cuya explicación excede los fines de este trabajo, aunque puede mencionarse que las inmunidades otorgadas a las personas no eran transmisibles a sus herederos; sí es destacable que las otorgadas incluso a un linaje no pertenecían a la línea femenina.²¹²

IV. Temporalidad

Sabemos que uno de los presupuestos básicos de la monarquía fue el carácter vitalicio de los puestos que se ocupaban, por lo que fue lo primero que se modificó al llegar la nueva forma de gobierno.

Solo se exceptuará de la regla el cargo de senador, que era vitalicio, pero en esta época encontramos en todo su esplendor el principio de anualidad o la característica de periodicidad o temporalidad de las magistraturas. Estos cargos debían desempeñarse en el orden mencionado, gradualmente hasta llegar a los cargos superiores.²¹³ Duraban un año en el puesto,²¹⁴ estaba

²¹⁰ ULPIANO. D. 50. 5. 2. 6, 7. GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*

²¹¹ ULPIANO. D. 50. 4. 9. pr. GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*

²¹² ULPIANO. D. 50. 6. 1. 1, 2. GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*

²¹³ MODESTINO. D. 50. 4. 11. 1. GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*

²¹⁴ CALISTRATO. D. 50. 4. 14. 5. GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*

prohibido desempeñar simultáneamente dos cargos,²¹⁵ se debía dejar dos años entre una y otra magistratura,²¹⁶ y esperar diez años para intentar la reelección en la misma, salvo que no hubiere nadie que desempeñe el cargo. Como en toda época existieron excepciones a la regla, citaremos el caso de Cayo Mario, que fue nombrado siete veces cónsul, por supuesto sin la separación de diez años entre cada consulado.

En pocas magistraturas la anualidad se veía afectada, como ser el caso de los censores, que podían durar hasta dieciocho meses, y la magistratura extraordinaria de dictador, que generalmente duraba hasta seis meses. También podemos mencionar el caso de las operaciones militares en las que los cónsules, pretores y cuestores continuaban ejerciendo su cargo aunque haya transcurrido el año por la *Prorrogatio imperii* hasta que finalizara la contienda.

V. Gratuidad

Es muy importante a la hora de elegir a quien se le confiere un honor o cargo el origen de su nacimiento y si sus bienes pudieran ser suficientes para ejercerlo. Existe la convicción de que quien no puede procurarse el sustento con lo propio no es tenido como útil y por lo tanto no es honroso. Como consecuencia, no debería ocupar un cargo público. Por ello, se espera que quienes ocupen lugar en el *Cursus Honorum* sean personas dignas, no necesariamente ricas pero siempre dignas.²¹⁷ Esto es lo que justifica la característica de gratuidad de las magistraturas que distingue este momento histórico.

En esta misma línea de pensamiento encontramos que no pueden ser deudores de los bienes públicos quienes lo pretendan. Para poder acceder deben satisfacer la deuda.²¹⁸

²¹⁵ MODESTINO. D. 50. 5. 14. 1. GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*

²¹⁶ Fue establecido por la *Lex Villia Annalis*, del año 180 a. C., que prevenía el acceso en orden ascendente.

²¹⁷ ULPIANO. D. 50. 4. 6. pr. GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*

²¹⁸ ULPIANO. D. 50. 4. 6. 1. GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*

Había muchas cuestiones a tener en cuenta antes de iniciar la carrera honoraria, por ejemplo las campañas electorales y sus costos, que eran muy dispendiosas debido al alto presupuesto de los traslados y alimentos. Otro ejemplo es el gasto por los juegos públicos en que incurrían los ediles curules.

Es aquí en donde debemos traer a colación una excepción a la gratuidad señalada, que es la figura de los apparitores. Si bien no eran magistrados sino personal subalterno al servicio de los mismos, ganando estos profesionales de origen liberto un sueldo por ello, suponen el primer paso hacia una administración que remunerara a quienes prestan sus servicios en ella.

VI. Instituciones de la República Argentina

Como punto de inicio, nos posicionaremos en el artículo 1 de nuestra carta magna, artículo genérico y crucial que define nuestra forma de gobierno: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según lo establece la presente constitución”.²¹⁹

Nos detendremos especialmente en la palabra “república”. Ésta o alguna de sus derivaciones (republicano/republicana) aparece mencionada más de 15 veces en la CN. ¿Qué es la república? Desde un enfoque clásico, la república es una forma de gobierno que se caracteriza por la división y control del poder. Las otras notas que la caracterizan son la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los funcionarios, la periodicidad de los cargos electivos y la igualdad de todos ante la ley.²²⁰ La separación del poder en nuestro país se expresa de tres modos. En primer lugar, se divide en razón de las funciones estatales, existiendo así la división tripartita entre poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial. En segundo lugar, la división se produce en términos territoriales, distribuyéndose el poder entre el Estado federal, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos

²¹⁹ Constitución Nacional de la República Argentina, 1994.

²²⁰ GELLI, M. A. (2004). *Constitución Nacional de la República Argentina comentada y concordada*. Buenos Aires: La Ley, p. 19.

Aires desde 1994 y los municipios. Finalmente, podríamos considerar una tercera división: hay autores como Ávalos, Buteler y Massimino que consideran que “se divide el poder en constituido y constituyente”.²²¹

En el presente trabajo nos basta concentrarnos en la primera división, analizando las características: de “gratuidad/remuneración”, “temporalidad” y “requisitos para acceder al cargo”, específicamente, del poder ejecutivo y poder legislativo. Para poder hacerlo, conviene realizar un breve repaso de la forma de constitución y organización de cada una de estas estructuras de poder tanto en Roma como en la actualidad, buscando comprender cómo están integrados.

Para poder deslindar los temas que nos convocan esta ocasión en lo pertinente a la República Argentina, es menester realizar una breve introducción del sistema de poderes de la misma contenido en nuestra Constitución Nacional, centrándonos en el Poder Legislativo y Ejecutivo, tal y como hemos adelantado: “Poder Legislativo: Segunda parte autoridades de la Nación – Título primero Gobierno Federal – sección primera del Poder Legislativo – Artículo 44. Un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, será investido del Poder Legislativo de la Nación”.²²²

El Poder Legislativo de la República Argentina está otorgado a un órgano complejo y colegiado, denominado Congreso por la Constitución Nacional. También se emplean los nombres Congreso Federal o Congreso Nacional para referirse al órgano legislativo del Estado argentino, diferenciándolo de las legislaturas provinciales. En cambio, la designación de Parlamento argentino que se usa del mismo modo es técnicamente impropia, pues el sistema de gobierno es el de república presidencialista y no parlamentario.²²³

El Poder Legislativo está compuesto por dos cámaras: la Cámara de Diputados de la Nación y la Cámara de Senadores que representan a los Estados provinciales. Éstos se encuentran igualmente representados en el

²²¹ GELLI, *op. cit.*, p. 13.

²²² Constitución Nacional de la República Argentina, 1994.

²²³ GELLI, *op. cit.*, p. 439.

Senado, ya que sin importar el tamaño o población de la provincia, todas tienen un total de tres senadores representando a cada una de ellas. Así, el bicameralismo existente en nuestro país, que emerge del diseño constitucional, conjuga dos principios: el principio democrático, ya que los diputados son elegidos en razón del número de habitantes de cada distrito, lo que hace residir allí la llamada soberanía popular; y, por otro lado, el principio federal, poniendo a todas las provincias en posición de igualdad al momento de las tomas de decisión que a este órgano le competen.

“Poder Ejecutivo: Segunda parte autoridades de la Nación – Título primero Gobierno Federal – sección segunda del Poder Ejecutivo – capítulo primero De su naturaleza y duración – Artículo 87. El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de Presidente de la Nación Argentina”.²²⁴

La República es presidencialista unipersonal. A pesar las modificaciones que efectuaron los constituyentes de 1994, destinadas a la atenuación del presidencialismo, se continuó persistiendo en su carácter unipersonal. El artículo 87 tiene su fuente en la Constitución estadounidense y su nota unipersonal directamente de la cláusula que encabeza el art. II: “El poder ejecutivo será conferido a un Presidente de los Estados Unidos de América”.²²⁵

VII. Requisitos para acceder al cargo

Los requisitos para ser diputado difieren de los requisitos para ser senador y también para ser presidente. Comenzamos con los requisitos para ser diputado de la nación, por lo cual remitimos a la lectura del artículo 48 de la Constitución Nacional: “Para ser diputado se requiere haber cumplido la edad de veinticinco años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella”.²²⁶

²²⁴ Constitución Nacional de la República Argentina, 1994.

²²⁵ Artículo II, Sección I de la Constitución Norteamericana, 1789.

²²⁶ Constitución Nacional de la República Argentina, 1994.

Vemos que el artículo establece tres requisitos: por un lado la edad, por otro lado cierta cantidad de años de ciudadanía en ejercicio y, por último, ser natural de la provincia que lo elija o con dos años de residencia inmediata en ella. Dichos requisitos se exigen cuando la Cámara examina el título del electo. Es por ello que bien podría ser candidata una persona que no los cumpla durante la campaña, pero luego al momento de ser electo los cumplimente.

La primera exigencia fue establecida teniendo en cuenta un mínimo que fuera superior a la mayoría edad, aunque sin definición de límite máximo. Entendemos que dicho requisito fue fijado pretendiendo que quien acceda a dicho cargo público fuera una persona mayor de edad, con todo lo que ello implica en términos de responsabilidad civil y comprensión de la norma. El recaudo etario pretende asegurarse de que la persona que ocupará el cargo de legislador haya desarrollado ciertas cualidades mentales que le permitan comprender la responsabilidad que dicho cargo exige.

El segundo requisito se refiere a poseer cuatro años de ciudadanía, que puede ser por naturaleza o por opción. La norma agrega “en ejercicio”, motivo por el que se empieza a computar el término de cuatro años desde que la persona cumple dieciocho años de edad o desde el día en que obtienen la carta de ciudadanía por sentencia firme de la justicia federal, pues a partir de ese momento se puede verdaderamente ejercerla. Hay quienes consideran que dicho requisito se corresponde con un pensamiento histórico de la época en que se sanciona nuestra Constitución, puesto que muchos idearios de la CN del año 1853 creían en la necesidad de fomentar la inmigración, atrayendo a los habitantes de países extranjeros a poblar nuestra patria naciente.

Y por último, la exigencia de haber nacido en la provincia por la que se lo elije, o tener dos años de residencia inmediata en ella, intentó acabar con la práctica de los representantes “alquilones”, usual en el pasado argentino, que no tenían compromiso alguno con quienes los elegían. De todos modos, cabe recordar que, conforme al artículo 45 de la CN, los diputados son de la nación como un todo, y no representan a su distrito.²²⁷

²²⁷ GELLI, *op. cit.*, p. 450.

Respecto al cargo de senador, esto es lo que dice la CN: “Artículo 55. Son requisitos para ser elegido senador: tener la edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella”.²²⁸

Son similares los requisitos constitucionales exigidos para ser senador y diputado en nuestro país. Observamos que la edad que se requiere para ocupar este cargo es diferente a la requerida para ser diputado. Entendemos que ello puede deberse a la mayor responsabilidad que se necesita para ocupar el cargo de senador, por la naturaleza de las decisiones que le competen únicamente a dicha Cámara. Por ejemplo: juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados (art. 59) o autorizar al presidente de la nación para que declare en estado de sitio, uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior (art. 61). Asimismo, la exigencia de referida a la ciudadanía en ejercicio implica dos años más que la requerida en el caso de los diputados.

El recaudo relativo a provenir de la provincia que resulta electo es el mismo que para los diputados, pero en este caso quizás tiene más sentido puesto que, como ya lo aclaramos, los senadores representan en pie de igualdad a todas las provincias, expresando así la aplicación del principio federal. El sentido de la exigencia responde a la necesidad de conocer los problemas locales de los habitantes de la región, para poder abogar por sus intereses en el Congreso federal.

Llamativo resulta el requisito de sesgo aristocrático, respecto a la posesión de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente. El mismo proviene de la reforma del año 1860 y resulta sumamente notorio que en la reforma de 1994 no se haya eliminado. Es una exigencia que, de algún modo, confronta con el derecho a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 16: es incompatible con la democracia plena y nos recuerda al sistema de sufragio censitario. Ello ha motivado que dicha exigencia sea derogada por desuetudo, motivo por el cual no es óbice para acceder al cargo.

²²⁸ Constitución Nacional de la República Argentina, 1994.

Para ser presidente, esto exige la CN: “Artículo 89. Para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación, se requiere haber nacido en el territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero; y las demás calidades exigidas para ser elegido senador”.²²⁹

Los requisitos para alcanzar cargos electivos en los poderes del Estado se exigen aún en las repúblicas democráticas. Las condiciones pueden estar ligadas a la idoneidad para el puesto, conforme lo precisa el artículo 16 de la Constitución Nacional o, incluso, estar relacionadas con las llamadas categorías sospechosas de entrañar una discriminación, en general no aceptada como criterio de diferenciación en el ejercicio de los derechos. Tal es el caso, entre otras, de las referidas a la nacionalidad o a las creencias religiosas.

La reforma de 1994 suprimió el requisito de pertenecer a la comunidad católica apostólica romana, a los candidatos que se postulaban para presidente y vicepresidente de la nación. La condición, establecida en la Constitución histórica de 1853/60, constituyó un requisito razonable, pues el presidente ejercía los derechos de patronato, a tenor de lo dispuesto por el entonces artículo 86, inc. 8 y 9 de aquella norma. La institución del patronato tenía antigua tradición en el derecho de Castilla. Había sido concedida a los monarcas por los papas Alejandro VI y Julio II y consistía en una serie de requisitos y prerrogativas eclesiásticas otorgadas a la autoridad civil, por ejemplo, para el nombramiento de los obispos. En las Capitulaciones de Santa Fe, convención celebrada entre los Reyes Católicos y Cristóbal Colón, los primeros concedieron al segundo derechos de patronato y el deber de expandir el cristianismo. Esos privilegios pasaron luego a las autoridades metropolitanas y en el proceso de emancipación fueron asumidos por las nuevas autoridades que tomaron para sí dichas prerrogativas, aunque la Iglesia católica las resistió. Finalmente, la CN atribuyó a los tres poderes del Estado una parte de aquellos privilegios que implicaban una verdadera intromisión estatal en el gobierno por parte de la Iglesia católica. Así, dado que el presidente intervenía en el nombramiento de los obispos católicos, se le exigió a él y al vicepresidente la pertenencia a la confesión

²²⁹ Constitución Nacional de la República Argentina, 1994.

católica. El sistema no estuvo exento de conflictos y, finalmente, en el año 1966 se celebró un concordato con la Santa Sede que lo modificó a satisfacción de ambas partes. En consecuencia, ya no tenía objeto y violaba la igualdad el mantenimiento del requisito.²³⁰

Así, para ser vicepresidente y presidente de la nación solo se requiere nacionalidad argentina y las condiciones para ser senador. Respecto al primero, el candidato debe ser argentino nativo, o hijo de argentino o argentina nativo/a, habiendo nacido en el exterior y optado por la ciudadanía argentina. Ésta última alternativa se estableció en la Constitución a fin de no cerrar el camino de la presidencia a los hijos de exiliados argentinos por causas políticas. En 1853, las luchas armadas suscitadas por el largo proceso hacia la organización nacional habían generado muchos exiliados y la circunstancia justificaba la excepción.²³¹

VIII. Temporalidad

Respecto a dicha característica, podemos afirmar, como idea preliminar, que nuestros convencionales constituyentes siempre establecieron plazos de duración en los mandatos, límites para evitar la perpetuación en el poder. Sin embargo, la duración en los cargos ha variado desde 1853 hasta la última reforma de 1994.

Esto afirma la CN respecto a los diputados: “Artículo 50. Los diputados durarán en su representación por cuatro años, y son reelegibles; pero la Sala se renovará por mitad cada bienio; a cuyo efecto los nombrados para la primera Legislatura, luego que se reúnan, sortearán los que deban salir en el primer período”.²³²

Una de las características de la república tiene que ver con la periodicidad de los cargos, motivo por el cual los diputados tienen limitado su mandato

²³⁰ GELLI, *op. cit.*, p. 674.

²³¹ GELLI, *op. cit.* p. 674.

²³² Constitución Nacional de la República Argentina, 1994.

al plazo de cuatro años, lo mismo que para el poder ejecutivo, con la diferencia de que los legisladores pueden ser elegidos ininterrumpidamente.

Según muchos autores, la renovación por bienios tiene una doble finalidad. Una de ellas, encauzada a lograr que los nuevos legisladores se incorporen al funcionamiento de la Cámara, con la ayuda de otros que hace un tiempo que ya están en el puesto. En segundo lugar, tiene una finalidad política destinada a que los partidos políticos demuestren una constante actividad en estar atentos a las necesidades de la sociedad, pensando en las inmediatas y próximas elecciones. Una lectura de este artículo, también pensada por algunos autores, es valorar si después de dos años de gestión la sociedad sigue apoyando el proyecto político del oficialismo, votando a los legisladores propuestos por el gobierno de turno, o si la sociedad prefiere votar mayoritariamente a la oposición, enviando una señal de desacuerdo con muchas decisiones tomadas por el gobierno.

Con respecto a los senadores, la CN enuncia lo siguiente: “Artículo 56. Los senadores duran seis años en el ejercicio de su mandato, y son reelegibles indefinidamente; pero el Senado se renovará a razón de una tercera parte de los distritos electorales cada dos años”.²³³

La Constitución de los EEUU determinó que la duración del mandato de los senadores se extendería a seis años, previendo una renovación parcial por tercios cada dos años. En la Convención de Filadelfia de 1787, recuerda Bidegain

hubo manifestaciones dispares sobre el término que debían permanecer los senadores en sus cargos. Hamilton era partidario de la designación vitalicia o, por lo menos, indefinida (mientras dure su buena conducta), para los senadores y para el presidente. Otros Convencionales se manifestaron partidarios de términos de 3, 5, 7 o 9 años. Los partidarios del período largo destacaban la conveniencia de asegurar la independencia del Senado y la fiscalización de la Cámara joven, convencidos de que si no se le daba a otra Cámara una firme consistencia, la de representantes, más numerosa y de origen directamente popular, la avasallaría. Finalmente, se llegó a un

²³³ *Ídem.*

acuerdo y se adoptó el período de seis años, sin que a su respecto se escuchen las quejas que suscitan los términos fijados para el presidente y para los representantes. La Constitución argentina en un primer momento prefirió fijar en nueve años la duración del mandato de los senadores nacionales, con renovación parcial de la Cámara por tercios cada tres años.²³⁴

La duración del mandato de los senadores, que finalmente se fijó en seis años con reelección indefinida, dio lugar a arduos debates. Existía una clara necesidad de acortar la permanencia en el cargo de aquellos. La de antes de 1994 era de nueve años, también con reelección indefinida. El Senado se percibía como un órgano poco permeable a la renovación de los legisladores y muy sujeto a los acuerdos burocráticos de las cúpulas partidarias. La dirección que tomaría la modificación de la duración de los mandatos generó un problema en el proceso de reforma constitucional que llegó hasta los tribunales. En efecto, la ley declarativa de la necesidad de reforma constitucional 24.309 se inició por la Cámara de Diputados en virtud del proyecto girado por el Poder Ejecutivo. La Cámara lo aprobó sin modificaciones. El proyecto de ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional proponía el acortamiento del mandato de los senadores a cuatro años.

El Senado mantuvo la necesidad de acortar esos mandatos, pero quitó el plazo proyectado de cuatro años y sin reenviar a la Cámara de origen el proyecto así reformado –conforme lo mandado por el entonces art. 71 de la Constitución Nacional – lo remitió al Poder Ejecutivo quien lo promulgó. Planteado el caso ante la Corte Suprema desestimó el recurso extraordinario por falta de agravio y legitimidad en quienes invocaron su calidad de diputados nacionales y ciudadanos. Finalmente la Convención Reformadora fijó la duración de los mandatos en seis años, una solución intermedia entre los nueve anteriores y los cuatro originariamente proyectados.²³⁵

²³⁴ ZIULU, A. (1996). *Derecho Constitucional*. Tomo I y II. Buenos Aires: Depalma, p. 132.

²³⁵ GELLI, *op. cit.*, p. 480.

Artículo 90. El presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período.²³⁶

Esta norma es diferente de la prevista en el año 1853 que establecía la duración de seis años en el cargo, sin posibilidad de reelección inmediata, con la posibilidad de evitar que una sola persona se perpetúe en el poder.

En nuestro país, la reforma constitucional de 1949 estableció la duración de seis años con la posibilidad de reelección indefinida para ambos cargos. Finalmente, la reforma de 1994 generó la redacción del actual artículo.

IX. Gratuidad

La CN expresa lo siguiente respecto a la remuneración de los legisladores: “Poder Legislativo: Capítulo Tercero. Disposiciones comunes a ambas Cámaras Artículo 74. Los servicios de los senadores y diputados son remunerados por el Tesoro de la Nación, con una dotación que señalará la ley”.²³⁷

El presente artículo subsiste en la CN desde el año 1853. Es decir que desde la sanción de nuestra carta magna, la idea de desempeñar un cargo público implicaba ejercer una profesión, ejercer un trabajo y, por ende, el funcionario debía ser remunerado por su labor. Es clara la intención de los constituyentes de que todo legislador que esté desempeñando su función y mientras la misma subsista debe ser remunerado por su tarea.

Según algunos autores como Quiroga Lavié, hay quienes entienden que la intención de los constituyentes a través de la presente disposición fue evitar que aquellas personas que carezcan de recursos sean privadas de

²³⁶ Constitución Nacional de la República Argentina, 1994.

²³⁷ *Ídem*.

acceder a un cargo público de gran entidad como lo es el del ejercer la función legislativa. Con ello se podría dar cumplimiento a lo establecido por el derecho contenido en el artículo 16 del mismo plexo normativo: el derecho de igualdad ante la ley, igualdad de derecho de poder elegir y de poder ser elegido. Sin embargo, esta interpretación, a priori, pareciera contradecir la disposición contenida en el artículo 55 de la CN cuando exige “gozar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o entrada equivalente” para poder acceder al cargo de senador y también de presidente.

La retribución pagada en dinero a los legisladores por sus servicios se denomina dieta y debe ser establecida por ley. Lo particular es que no se prevé lo relativo a la “intangibilidad de las remuneraciones” que sí fueron previstas para el binomio presidencial (art. 92), para los ministros del Poder Ejecutivo –quienes tampoco podrán ver alteradas sus retribuciones mientras estén en ejercicio– (art. 107), para los magistrados judiciales (art. 110) y para los integrantes del Ministerio Público (art. 120). Respecto al Defensor del Pueblo, el artículo 86 le extiende los privilegios e inmunidad de los legisladores, por lo que si la remuneración es concebida como una prerrogativa del cargo, aquel no tendría asegurada constitucionalmente la intangibilidad de sus retribuciones.²³⁸

Tanto el aumento como la disminución de las dietas no resultarían vulneradoras del texto constitucional. Sin embargo, teniendo en cuenta que son los propios legisladores quienes fijan sus propias dietas y la jerarquía dada a la ética pública en el texto constitucional (art. 36, párr. 6º, CN), hay quienes piensan que cualquier aumento en las retribuciones de los legisladores no puede beneficiar a aquellos que estén en ejercicio durante esa sanción legislativa (en Estados Unidos lo dispone expresamente la Enmienda XXVII).²³⁹

Respecto al Poder Ejecutivo, el artículo 92 de la CN afirma que “el presidente y vicepresidente disfrutan de un sueldo pagado por el Tesoro de la Nación, que no podrá ser alterado en el período de sus nombramientos.

²³⁸ GELLI, *op. cit.*

²³⁹ QUIROGA LAVIÉ, H. y otros (2009). *Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I y II. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Durante el mismo período no podrán ejercer otro empleo, ni recibir ningún otro emolumento de la Nación, ni de provincia alguna”.²⁴⁰

De la lectura del presente artículo encontramos dos disposiciones: una de ellas, relativa al derecho del presidente y del vicepresidente a gozar de un sueldo, cuyos fondos provengan del Tesoro de la Nación. Y en segundo lugar, establece expresamente la prohibición de ejercer otro empleo y de recibir algún otro emolumento de parte de la Nación o de otra provincia.

Específicamente el artículo refiere a la inalterabilidad del salario, en caso del Poder Ejecutivo, que no estaba previsto para el caso del Poder Legislativo. Es importante tener en cuenta que los legisladores no pueden ir en contra de esta disposición, tampoco el mismo Ejecutivo. Creemos que no atenta contra dicha disposición las actualizaciones producidas en razón de las alteraciones monetarias. Sabemos de la situación inflacionaria en Argentina, que ha dejado de ser un fenómeno coyuntural. De ese modo, incluso creemos que de no actualizarse sus sueldos conforme los cambios económicos y monetarios, afectaría la prohibición respecto a la “inalterabilidad” referida.

La segunda parte del artículo 92 impide al presidente y al vicepresidente ejercer cualquier actividad pública o privada, ni siquiera la docencia. No obstante, podrían participar de sesiones académicas aunque no regularmente. Tampoco podrían atender sus negocios si ello implicara dedicación temporal de la que no disponen o generara incompatibilidades en el cargo. Pero sí podrían dejar la administración de su patrimonio en manos de terceros, salvo operaciones bancarias de rutina que no implicaran el uso del conocimiento que da el poder para obtener beneficios por el uso de información gubernamental de la que no disponen los ciudadanos comunes.

Del mismo modo en que no pueden recibir emolumento alguno de fuente pública – provincias o ciudad de Buenos Aires– o privada, tampoco les sería permitido aceptar regalos, salvo los protocolares que se hacen al Estado argentino. Sobre el punto es significativo el valor de la opinión pública como el control de esos desvíos republicanos del poder, aunque resulta necesario conforme a lo establecido por el artículo 36 de la Constitución

²⁴⁰ Constitución Nacional de la República Argentina, 1994.

regular expresamente el punto. Al efecto la ley de ética pública 25.188 que dispuso que los funcionarios públicos no puedan recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones. En el caso de que los obsequios sean de cortesía o costumbre diplomática, la autoridad de aplicación reglamentará su registración y en qué casos y cómo deberán ser incorporados al patrimonio del Estado, para ser destinados a fines de salud, acción social y educación, o al patrimonio histórico-cultural si correspondiere. Es, como se advierte, un paso mínimo pero necesario en la dirección correcta.²⁴¹

X. Conclusión

Debido a las expansiones territoriales surgidas durante la República, los romanos debieron pasar de una organización estructurada para una pequeña ciudad homogénea a las orillas del Tíber, a ser una población heterogénea por un gigantesco cumulo de ciudades con culturas, lenguas y pueblos diferentes. Por la necesidad de imponer su autoridad en estos nuevos territorios comenzó un lento proceso de centralización, dejando atrás los tiempos de autonomía que hasta entonces habían mantenido con los pueblos conquistados, y se vieron obligados a la creación de nuevos puestos que no tenían previstos. Pero ante la disyuntiva de aumentar los puestos en los cargos ya existentes o crear nuevos cargos inferiores, adoptaron la primera postura, buscando una horizontalidad política y no una jerarquía aún más acentuada. ¿Podríamos decir que esto condice con las decisiones de nuestra actual República?

En lo atinente a los requisitos para acceder a los cargos, vemos que siempre hay un tinte de condicionamiento epocal a la hora de elegirlos. Es imposible separar las normativas de sus contextos, y en ellos se reflejan las creencias o paradigmas de ese fragmento de la historia. Lo mismo sucede con las características de gratuidad o temporalidad, ambas empapadas de

²⁴¹ GELLI, *op. cit.*, p. 680.

condicionantes culturales o de planes o proyectos políticos, creemos o buscamos creer que propiciando las condiciones más favorables para cada época. Luego de largas y extensas investigaciones, mínimamente despierta curiosidad que Roma habiendo sido ya a finales de esta época uno de los imperios más grandes conocidos en el mundo, la cantidad de “funcionarios públicos” o auxiliares públicos fue considerablemente menor a la que conocemos en nuestra actual República.

Bibliografía

ARMAS ARAIZA, G. (2014). *Derecho Romano*. México: Editorial Digital UNID. Recuperado de: <https://elibro.net/es/lc/bibliotecas-ucc/titulos/41154>

AVALOS, E. y otros (2016). *Derecho Administrativo*. 2ª Ed. Córdoba: Alveroni Ediciones.

BRAVO BOSCH, M. J. (2010). “El *Ius Honorum* en la antigua Roma”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, p. 229-247. Recuperado de: <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/8317>.

CECCONI, G. (2011). “La práctica política en la Roma Antigua. Especificidad y debates”. En *De Rebus Antiquis*, N° 1, p. 23-43. Recuperado de: <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/DRA/article/view/2855>.

DE CHURRUCA, J. (2015). *Introducción histórica al Derecho Romano*. 10ª. ed. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto. Recuperado de: <https://elibro.net/es/ereader/bibliotecas-ucc/42786?page=85>.

FERNÁNDEZ URIEL, P. y MAÑAS ROMERO, I. (2013). *La civilización romana*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Recuperado de: <https://elibro.net/es/lc/bibliotecas-ucc/titulos/48612>.

GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Jaime Molinas.

GELLI, M. A. (2004). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*. Buenos Aires. La Ley

GHIRARDI, J. C. y ALBA CRESPO, J. J. (2015). *Manual de Derecho Romano*. Córdoba: Ediciones Eudecor.

LOZANO PÉREZ, M. (2020). “Instituciones políticas de Roma”. En *Historia Digital*, Vol. 20, Nº 35, p. 169-198. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7191372>.

MOMMSEN, T. (1893). *Compendio del Derecho Público Romano*. Traducción por P. Dorado. Madrid: La España Moderna.

MOMMSEN, T. (2007). *Historia de Roma*. Madrid: Turner.

QUIROGA LAVIÉ, H. y otros (2009). *Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I y II. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.

ROBLES VELASCO, L. (2013). “Los Servicios Públicos, la Administración de Justicia y la Hacienda Pública Romana en la República y en el Imperio Romano”. Conferencia impartida en la Universidad di Torino. Recuperado de: <https://digibug.ugr.es/handle/10481/57502>.

VARELA GIL, C. (2007). *El estatuto jurídico del empleado público en derecho romano*. Madrid: Dykinson. Recuperado de: <https://elibro.net/es/lc/bibliotecas-ucc/titulos/35670>.

ZIULU, A. (1996). *Derecho Constitucional*. Tomo I y II. Buenos Aires: Depalma.

El principio *alterum non laedere*. Desafíos éticos y jurídicos en la búsqueda de una vacuna²⁴²

Por Susana Isabel Estrada²⁴³

Resumen

Las fuentes históricas primarias del modelo de beneficencia se encuentran en la ética médica, distinguiéndose el primer período en la antigua Grecia y los médicos hipocráticos.

La fórmula hipocrática del libro de las *Epidemias* “favorecer o al menos no perjudicar”, latinizada como *primum non nocere*, ha regido la relación médico-paciente a través del tiempo. El célebre Ulpiano la sintetizó en el precepto *alterum non laedere*.

Este principio, rector del comportamiento humano, se ha ido orientando a satisfacer menos las necesidades médicas y de salud que los intereses

²⁴² Dada la temática del presente trabajo se deja constancia que se terminó de elaborar el 29 de enero de 2021.

²⁴³ Prof. Asociada Derecho Romano a/c cátedra Universidad Católica Santiago del Estero; Prof. Asociada Derecho Romano, Universidad Nacional de Tucumán; Directora proyecto de investigación; Vocal ADRA-Miembro de AIDROM; Miembro de ASLA.

corporativos de las compañías farmacéuticas. El problema de la experimentación humana ya no es simplemente un asunto de técnica, sino sobre todo un problema de valores, lo que será el objeto de análisis en la ley llamada de “Vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el COVID-19”, a la luz de aquel precepto ancestral contenido en el Digesto.

Palabras claves: beneficencia; daño; desafío; vacuna

Nada es tan incierto como la eficacia moral de los progresos científicos
Anatole France

I. Introducción

Las fuentes históricas primarias del modelo de beneficencia se encuentran en la ética médica desarrollada en Occidente a lo largo de los últimos dos mil años, pudiendo distinguirse dos períodos: el primero en la antigua Grecia y los médicos hipocráticos y el segundo en la ilustración del siglo XVIII en Gran Bretaña, con el médico y moralista escocés John Gregory.

Hasta hoy se utiliza la fórmula hipocrática del libro I de las *Epidemias* “favorecer o al menos no perjudicar”. Este principio que los latinos expresaron en *primum non nocere* y que ha regido la relación médico-paciente ó investigador-sujeto de investigación a través del tiempo, se comenzó a gestar a partir del Código de Nüremberg y se plasmó como principio de beneficencia en el Informe Belmont.

Cuando la bioética irrumpió en el horizonte científico para hacer frente a los retos planteados por los progresos biomédicos y su repercusión en su sistema de valores, Abel Francese²⁴⁴ asintió con razón que no todo lo

²⁴⁴ ABEL, F. (1993). “Comités de bioética. Necesidad, estructura y funcionamiento institucional”. En *Review Boards and Institucional Ética Committees, Labor hospitalaria*, vol. 229, p. 136.

técnicamente posible es siempre moralmente aceptable. En la misma línea, en la antigüedad romana el jurisconsulto Paulo sintetizó en el Digesto la máxima: *Paulus libro LXVI ad Edictum*. “*Non omne quod licet honestum est. [...]*” (Dig. 50. 17. 144). Paulo, Comentarios al Edicto, libro LXVI. “No todo lo que es lícito es honesto. [...]” (García del Corral, 1892).²⁴⁵

Cicerón también alude a lo honesto en *De officiis* cuando dice: “[...] tal virtud no consiste solo en la investigación y conocimiento de la verdad [...] sino también en dar a cada uno lo que les es suyo y en cumplir fielmente con las relaciones contractuales, reposando en los principios de prudencia, justicia, fortaleza y templanza” (Cicerón, 1997).²⁴⁶

Estos principios rectores del comportamiento humano fueron siendo desplazados por una actividad práctica sometida solo al objetivo de adquirir conocimientos útiles. La connotación de lo útil se ha ido deslizando a satisfacer menos las necesidades médicas y de salud que los intereses corporativos de las compañías farmacéuticas, con miras a lucrar en el mercado con sus productos.

El problema de la experimentación humana ya no es simplemente un asunto de técnica, sino un problema de valores. Por eso, aunque la humanidad se encuentre ante una situación excepcional que genera incertidumbre y zozobra respecto a un futuro incierto a causa de la pandemia del SARS-CoV-2 causante del COVID-19, los valores no deben ser claudicados. A pesar de que aprobar un nuevo fármaco implica años de experimentación, los Estados y la industria farmacéutica se encuentran en una carrera impetuosa por ser los primeros en lograr el podio, en pos de disponer de una cuestionada vacuna lo antes posible aun soslayando etapas en el proceso del ensayo clínico pertinente.

²⁴⁵ GARCÍA DEL CORRAL, I. (1892). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Traducción por hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrugger. T. III. Barcelona: Jaime Molinas, p. 956.

²⁴⁶ CICERÓN, M. T. (1997). *De Officiis*. Traducción por José Guillén Cabañero. T. IV. Barcelona: Altaza., p. 11.

II. Génesis romana

El orden moral que planteaba Sócrates según el interrogante “¿cómo debemos vivir?” recibió como respuesta: “vivir según la naturaleza”, “vivir conforme al orden cósmico”, es vivir moralmente, vivir honestamente como decía Domitius Ulpiano. El célebre jurisconsulto fenicio, poniendo a prueba una extraordinaria capacidad de síntesis, resumió el interrogante de Sócrates en tres preceptos suficientes para abarcar todos los aspectos a regular por las normas: “*Turis praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” (Inst. 1, 1, 3. Dig. 1, 1, 10, 1). “Los preceptos del derecho son estos: vivir honestamente, no causar daño a otro, y dar a cada uno lo suyo” (García del Corral, 1892).

Ellos fueron los que marcaban el camino del recto obrar humano y los que garantizaban la pacífica convivencia entre los hombres desde aquellos lejanos tiempos. El primero de ellos, que motoriza el principio de que “la buena fe se presume”, aprehende a los otros dos, que implican un obrar recto conforme al orden natural.

En el primer precepto, Ulpiano considera el derecho en un sentido lato y filosófico que más parece hacer alusión a la moral que al derecho positivo, ya que el derecho no se propone hacer vivir al hombre según los dictados de la moral. Sin embargo, considerándose no ya los preceptos morales sino los verdaderos preceptos imperativos (*iuris praecepta*), se hallan las tres máximas. En primer lugar se ubican las leyes que sirven para garantizar las buenas costumbres en la vida privada y en la pública enunciada como *honeste vivere*.

En segundo lugar están las leyes que prohíben dañar al otro en su persona o en sus bienes, y en caso de dañarlo, le imponen la obligación de resarcir a la víctima el perjuicio causado y el derecho de aquella de reclamar al ofensor la reparación del daño sufrido, lo que se sintetiza en el precepto *alterum non laedere*. Aquí aparece la otredad como componente imprescindible de este precepto.

Por último se encuentran las leyes imperativas que imponen dar a cada uno lo que le corresponde, y cuando este mandato no se cumple de manera espontánea el damnificado tendrá derecho a poner en movimiento el aparato jurisdiccional para exigir el cumplimiento de la obligación o para

recobrar lo suyo, lo que es concerniente al *suum cuique tribuere*. O sea que para que el derecho sea completo debe comprender los tres preceptos.

En suma, el primer precepto es abarcativo de los otros dos y los tres se articulan mutuamente. El bien es la realización de nuestra propia esencia, identificado con nuestras inclinaciones auténticas, mientras que el mal son dichas inclinaciones pero falseadas. Y lo justo también es un bien, pero el bien del otro. No solo hay que vivir, sino ayudar a vivir, y esto lo hacemos viviendo con honestidad y colaborando con los demás dándoles lo que es suyo.

A partir de ellos el sujeto podía saber cómo comportarse ante cualquier situación en relación con sus semejantes. El principio *alterum non laedere* es, como la noción misma de derecho, inseparable de la de alteridad y tiene sentido únicamente en la vida en sociedad, porque el daño que alguien se infringe a sí mismo no entra dentro de la consideración de la responsabilidad civil, como sería el caso del suicida o de quien se flagela por motivos religiosos. De Angel Yágüez dice sobre el tema que “el no causar daño a los demás es, quizás, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana”.²⁴⁷ El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que contrariamente hace nacer la obligación –en sentido jurídico– de dejar a esa persona en una situación lo más semejante posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Con el advenimiento de la República se comenzó a tener en cuenta la existencia de la intención de dañar, el dolo, y a distinguirse el delito doloso del culposo.

La diferenciación entre delitos públicos y privados, que comenzó con la Ley de las XII Tablas, se intensificó en la República con la designación de magistrados especiales para el juzgamiento de los *crimina*. Avanzado el período republicano, como los tribunales populares funcionaban con lentitud se recurrió a menudo a comisiones judiciales extraordinarias que juzgaban en lugar del pueblo, presididas por un *quaestor*. De éstas surgieron comisiones investigadoras creadas para casos específicos, tribunales permanentes y especiales (*quaestiones perpetuae*), a las que se les asignó variadas competencias.

²⁴⁷ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2003). *Revista de Responsabilidad y Seguro*. Buenos Aires: La Ley, p. 1.

Llegada ya la época del Principado, como consecuencia de las luchas civiles y políticas que fueron minando la constitución republicana, en tiempos del dictador Lucio Cornelio Sila se sancionó la *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*,²⁴⁸ que formaba parte de la amplia legislación criminal elaborada por el dictador. Castigaba la tentativa de homicidio como si éste se hubiera consumado, las cuadrillas de bandoleros y el encantamiento. Se aplicaba al apuñalamiento, a los envenenadores, a los que anduvieran armados para dañar a personas o a la propiedad; a aquellos que prepararan, vendieran, compraran, mantuvieran o administraran un *venenum malum necandi hominis causa*. Más tarde se aplicó al aborto voluntario, a la castración y a la circuncisión, excepto para judíos. La pena era la deportación o la muerte.

Según Labeón, se incluyó al que había privado de la razón a una persona administrándole ciertos medicamentos en el concepto de injuria: “*Ulpianus; ad Edictum. Item apud Labeonem quareritur, si quis mentem alicuius medicamento aliove quo alienaverit an iniuriarum actio locum habere; et ait iniuriarum adversus eum agi posse*” (D. 47. 10. 15 pr.). “Ulpiano; Comentarios al Edicto. Asimismo se pregunta Labeón, si tendría lugar la acción de injurias, si alguien le hubiera hecho perder a otro el juicio con un medicamento o con otra cualquier cosa; y dice que se puede ejercitar contra él la acción de injurias” (García del Corral, 1892).²⁴⁹

En el Bajo Imperio, entre los nuevos tipos de delitos públicos se agregó el aborto entendido como la interrupción de la gestación, estableciéndose penas para la mujer que abortaba. En el libro 48, título 8 sobre la *Lex Cornelia de sicariis et veneficis* del año 81 a. C. se condenaba conforme expresa Ulpiano: “*Ulpianus libro XXXIII, ad Edictum. Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit, ea in exilium Pareces provinciae exiget*” (D. 48, 8, 8). “Ulpiano; Comentarios al Edicto, libro XXXIII. Si constare que una mujer se hizo violencia en sus entrañas para abortar, el Presidente de la provincia la mandará a destierro” (García del Corral, 1892).²⁵⁰

²⁴⁸ ORTOLÁN, M. (1912). *Instituciones del Emperador Justiniano*. Tomo II. Madrid: Francisco Pérez de Anaya y Francisco Pérez Rivas, p.473.

²⁴⁹ GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, p. 698.

²⁵⁰ GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, p. 755.

Coincidente con lo prescripto por esta ley, Trifonino, citando al ilustre Cicerón con ocasión de referirse a la pena fijada para el aborto provocado con medicamentos o con violencia luego del divorcio, expresa: “*Cicero in oratione pro Cluentio Avito scripsit, Milésima quandam mulierem, quum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentos ipsa abegisset, rei capitales esse damnatam. [...] sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnans fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur [...]*” (D. 48, 19, 39). “Escribió Cicerón en su oración a favor de Cluencio Avito, que cierta mujer llamada Miliesia, estando en Asia fue condenada como reo de pena capital, porque habiendo recibido dinero de los segundos herederos se procuró ella misma el aborto con medicamentos. [...] también si alguna mujer se hubiera hecho violencia en sus entrañas después del divorcio, porque estaba embarazada, para no procrear hijo a su marido, ya enemigo suyo, fuese condenada a destierro temporal [...]” (García del Corral, 1892).²⁵¹

Conforme consta en las Sentencias de Paulo también eran condenados los que colaboraran en procurar un aborto según las clases sociales de los partícipes y según que resultare o no la muerte de la mujer: “[...] *qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi id dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur: quod si ex hoc mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur*” (P. S.). “[...] los que dan bebida para abortar o filtro amoroso, aunque no lo hagan con dolo, son, sin embargo, porque la cosa es de mal ejemplo, los de baja clase son condenados a las minas y los de otras más elevadas, relegados a una isla con pérdida de parte de sus bienes, pero si por esto muriera, la mujer o el hombre, son condenados a un supremo suplicio” (Irigoyen Troconis, 1994).²⁵²

En estos escasos pasajes extractados de las fuentes, podemos evidenciar que desde la época arcaica causar una lesión física, causar un daño a la salud o causar la muerte a alguien configuraba delito.

²⁵¹ GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, p. 800.

²⁵² IRIGOYEN TROCONIS, M. (1994). *Paulo, J. Sentencias a su hijo. Traducción del latino al castellano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto de Investigaciones Filológicas, p. 49.

III. Proyección de los principios romanistas a la bioética

Gracias a la influencia románica sobre el *ethos* en la práctica de la medicina, el impacto de la tradición hipocrática se ha proyectado a la modernidad, la que es esencialmente útil en el reconocimiento de la relación médico-paciente como base para todos los discursos bioéticos.

Proyectados los preceptos del derecho, enunciados por el jurisconsulto de Tiro a la disciplina de la bioética en cuyas raíces se encuentran los procesos de Nüremberg, en 1947 se plasmaron en el decálogo del mismo nombre. El debate suscitado por la experimentación biomédica en seres humanos, llevada a cabo desde 1930 en Tuskegee,²⁵³ determinó que el Congreso de los Estados Unidos creara en 1974 la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, organismo al que le encomendó enunciar los principios éticos rectores que debían guiar toda investigación con seres humanos. La comisión elevó el llamado “Informe Belmont” (*The Belmont Report*). Los tres principios éticos universales de la bioética principialista establecidos en dicho informe fueron el de respeto por las personas –reformulado luego como de autonomía–, el de beneficencia-no maleficencia y el de justicia. De cada uno de estos principios se derivó un procedimiento práctico a saber: el consentimiento informado, la evaluación de riesgos y beneficios y la selección equitativa de los sujetos de experimentación, respectivamente.

²⁵³ En 1930, en Tuskegee (estado de Alabama), se inició un estudio bajo la supervisión del *United States Public Health Service*, dirigido por Klaus Tagliaferro, sobre una población 400 varones de raza negra y 200 controles, cuyo objetivo era ver la evolución natural de la sífilis en el ser humano. El experimento duró cuarenta años, entre 1932 y 1972, y aunque desde 1942 había evidencias de que el grupo con sífilis evolucionaba peor que el grupo control y que desde 1940 el uso de la penicilina estaba aceptado, no recibieron tratamiento y al cabo de un tiempo unos murieron por la enfermedad, otros por complicaciones y algunos transmitieron la enfermedad a sus descendientes. Entre los responsables figuraban personajes que habían ocupado cargos importantes, ministeriales e internacionales. Después de conocerse la verdad, habían sobrevivido sólo ocho personas, de las cuales cinco fueron recibidas por Clinton en 1997, quien les pidió perdón en nombre del pueblo norteamericano. Fuente: www.fisterra.com/material/investiga/declaración_helsinki.htm [Consultado el 15 de marzo de 2004].

Si se reflexiona integralmente sobre las bases dadas por Ulpiano, se puede establecer que el *honeste vivere* marca el rumbo del *vir bonus*, con lo que la no maleficencia y la beneficencia se funden en el ideal romano de la *humanitas*.

La no maleficencia prohíbe hacer el mal o provocar daños injustificados en el ejercicio del arte de curar y se ha considerado en todos los tiempos como un principio rector. El no dañar es un principio de vigencia universal, con un contenido singular considerado como el fundamento mismo de la ética médica. Este principio que proviene de la tradición médica hipocrática, latinizado como *primum non nocere* o *do no harm*, guarda analogía con el precepto romano del derecho *neminem laedere*, consagrado por un pasaje de Ulpiano en el Digesto. Se atribuyó a Escribonio Largo la paternidad del *primum non nocere* por considerarse que fue el primer comentarista poshipocrático que tuvo en cuenta el juramento en sus aspectos de administración farmacológica en la parte que reza “no daré a nadie, aunque me lo pida, ningún fármaco letal, ni haré semejante sugerencia” (Gracia Guillén, 1990).²⁵⁴

Del precepto *alterum non laedere* (no dañar a otro) consagrado por el jurisconsulto de Tiro se deriva la prohibición de ofender o causar un daño en la persona o en los bienes de otro. Por eso, en las fuentes se castigaba al que lesionaba a otro o cometía injuria, o no pagaba una deuda, o mataba a un esclavo o a un animal ajeno.

Los supuestos que configuraban injuria se reprodujeron en estos términos en las *Institutas* de Gayo:²⁵⁵ “*Iniuria autem committitur non solum cum quis pugno, virga aut fuste percussus vel etiam verberatus erit, [...] et denique aliis pluribus modis*” (Gayo, Inst. III. 220). “Se comete injuria no sólo cuando por ejemplo resulte golpeado alguien con el puño, o con una vara, o azotado; sino también cuando fuese ultrajado a voces, [...] y, finalmente de otras muchas maneras” (Di Pietro, 1987).

²⁵⁴ GRACIA GUILLÉN, D. (1990). *El primun non nocere como fundamento de la ética médica*. Fuenlabrada, Madrid: Anzos, p. 26.

²⁵⁵ DI PIETRO, A. (1987). *Gayo, Institutas, III traducido*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 581.

La Ley de las XII Tablas, si bien contenía disposiciones aisladas sobre la reparación del daño causado por hechos ilícitos, había regulado de modo bastante preciso para los tiempos arcaicos la lesión a otro, distinguiendo las lesiones físicas graves de las leves. Por lesión física, ya fuera con intención dolosa o con imprudencia, se entendía tanto el daño contra el cuerpo como la pérdida de la vida. Por lesión grave se concebía la separación de un miembro, la inutilización de un órgano o la fractura de un hueso (*os fractum*), o las lesiones menores. “*Si membrum rupsit ni cum eo pacit, talio esto* (Tabla VIII. 2); *Manu fustive si os fregit libero CCC, si servo CL poenam subito* (Tabla VIII. 3); *Si iniuriarum alteri faxsit, viginti quinque poenae sunt* (Tabla VIII. 4); *Rupsit [...] sarcio* (Tabla VIII. 5)”.²⁵⁶ “Si hubiere fracturado un miembro, a no ser que con él se pacte, tenga lugar el talión; Si con la mano se fracturó un hueso a un hombre libre, sufra la pena de trescientos ases, si a un esclavo, de ciento cincuenta; Si causare injuria a otro, tenga pena de veinticinco ases; Por el daño causado injustamente la reparación”.

En el período honorario, mediante un plebiscito de fecha incierta –del que Teófilo fijó su origen en la época de las disensiones entre patricios y plebeyos– el tribuno Aquilio Galo hizo sancionar la *Lex Aquiliae*, que en su primer capítulo fijaba las penas aplicables a quienes daban muerte injustamente a esclavos o animales cuadrúpedos gregarios (*pecus*) ajenos. “*Gaius. Lege Aquilia capite primo cavetur: ut Qui servum servamve alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanta id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto*” (D. 9, 2, 2.).²⁵⁷ “Gayo. Dispónese en el capítulo primero de la ley Aquilia: ‘que el que hubiere matado con injuria al esclavo o a la esclava ajenos, a un cuadrúpedo, o a una res, sea condenado a pagar al dueño el precio mayor que aquello tuvo en aquel año’” (García del Corral, 1892).

Si proyectamos a la bioética la idea de daño configurada como injuria, lesión o muerte en los textos romanos, tiene significados equivalentes. El principio de no-maleficencia para la bioética obliga a no dañar al ser humano respetando su integridad psicofísica y garantizando su inviolabilidad. De

²⁵⁶ <http://users.ipa.net/~tamker/tables.htm> [Consultado el 30 de abril de 2015].

²⁵⁷ GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, T. I, p. 571

este modo el deber pasivo de no maleficencia (abstenerse de hacer el mal) normalmente precede al deber activo de beneficencia (hacer o promover el bien). Por ello, el Informe Belmont no enunció la no-maleficencia como un principio independiente de la beneficencia, porque lo lleva ínsito.

Al respecto vale citar aquí la opinión de Mainetti, que se pregunta si beneficencia y no-maleficencia no son acaso los aspectos positivo y negativo del mismo principio ético o si el deber moral de evitar el daño tiene precedencia o mayor obligatoriedad: “[...] la beneficencia puede ser entendida no solo como la obligación de ayudar a otros o conferir beneficios activamente sino también el hecho de prevenir y quitar el mal, además de la obligación de balancear posibles beneficios contra los posibles daños de una acción” (Mainetti, 1994).²⁵⁸

La beneficencia para la bioética es procurar el bien de la persona en las intervenciones biomédicas, y más allá de la clínica médica, el bien de toda la sociedad, por ejemplo, cuando se la puede beneficiar con un nuevo descubrimiento terapéutico o con un nuevo fármaco, como es el caso de las vacunas que buscan denodadamente todos los Estados para paliar esta pandemia. Pero esa exploración debe tener como norte tanto maximizar los posibles beneficios como minimizar los potenciales riesgos buscando el justo equilibrio.

Ambos, beneficencia y no-maleficencia, están íntimamente unidos. Podría resultar arbitrario tratar de separarlos, porque pueden converger en situaciones concretas. Uno puede englobar al otro, pues si la no-maleficencia es una actitud pasiva de no hacer, ya se puede estar haciendo el mal.

IV. El principio de beneficencia-no maleficencia en el desarrollo del ensayo clínico

La pandemia por el SARS-CoV-2 (Síndrome Respiratorio Agudo Severo) causante del COVID-19 ha alterado el desarrollo normal de la sociedad

²⁵⁸ MAINETTI, J. (1994). *Bioética ilustrada*. La Plata: Quiron, p. 97.

a nivel global y vislumbra un futuro incierto de consecuencias impredecibles, y hasta se vaticina que la vida de relación ya no volverá a ser como antes. En ello desempeña un rol protagónico también el derecho.

Es entendible la urgencia a nivel mundial por encontrar un tratamiento que logre controlar la expansión del virus y la protección contra él. La industria farmacéutica está poniendo capacidad de innovación al servicio de ese objetivo, acotando los plazos, saltando las fases de experimentación y los mecanismos de seguridad, a cambio de poder disponer de una inmunización de manera vertiginosa, a pesar de que aprobar un nuevo fármaco implica varias etapas de experimentación que insume años de desarrollo. Se evidencia una inmiscuición del poder político eludiendo el respeto irrestricto al proceso estándar de desarrollo de un ensayo clínico. Pareciera que se entiende la realidad como que no hubiera salida ética posible.

Las vacunas en general deben reunir dos condiciones, eficacia y seguridad, por la capacidad que tienen de hacer que el organismo humano produzca anticuerpos, pero no siempre éstos son beneficiosos. Algunos pueden ser bloqueantes del virus y otros favorecer la reacción de la enfermedad. Por eso es tan importante evaluar y contraponer los riesgos y los beneficios para poner en práctica el principio de beneficencia-no maleficencia. Ello solo se logra cumpliendo con todas las fases de experimentación, incluso la que se desarrolla una vez que el fármaco ha sido inoculado masivamente a la población (fase IV de fármaco-vigilancia) para seguir monitoreando y recolectando información, a los efectos de saber si hay inmunogenicidad.

La moral acepta que la medicina moderna depende del progreso tecnológico y de la experimentación en seres humanos, con el consiguiente beneficio para la humanidad, pero no se debe perder de vista que el criterio para valorar la moralidad de una investigación radica en considerar desde el punto de vista jurídico la noción de persona como inescindible de su soporte natural y ontológico que es el ser humano.

Existen leyes y normas que regulan la investigación biomédica anteriores a esta situación de excepcionalidad que siguen vigentes. Esas leyes que regulan la investigación tienen procedimientos que se deben cumplir porque razones fundamentales lo imponen, justamente para cumplir con el juramento hipocrático y el principio bioético de beneficencia-no maleficencia que, proyectado al ámbito del derecho, se expresa en el *neminem laedere*.

La declaración de Helsinki II en sus principios básicos establece:²⁵⁹ “1. La investigación biomédica en seres humanos [...] debe basarse en experimentos de laboratorio y en animales, bien realizados, así como en un conocimiento profundo de la literatura científica pertinente”.

Los grandes avances logrados en los conocimientos biológicos y de bienestar del hombre han dependido en gran medida de la experimentación con animales. Un requisito estipulado en los códigos de ética nacionales e internacionales y en muchas legislaciones nacionales prevé que no se deben emplear nuevas sustancias ni dispositivos en seres humanos, a menos que las pruebas previamente efectuadas en animales permitan hacer una suposición razonable de su inocuidad. Un animal vivo intacto es más que una suma de reacciones de células y tejidos u órganos independientes. Existen complejas interacciones en el animal completo que los métodos alternativos biológicos o de otra índole no permiten duplicar. Existen razones basadas en la evidencia y la comprobación que tornan indispensable la experimentación previa en animales. Por ello no es caprichoso que se exija previamente a la prueba en seres humanos la experimentación en la fase pre clínica en modelos animales, que tiene sus propias normas de vigilancia, del empleo y cuidado de los animales de experimentación y sus tiempos, una legislación que regula en general el funcionamiento de los bioterios, todas las cuales siguen vigentes, por lo que no se las puede ignorar por más situación de excepcionalidad por la que se esté atravesando. Pero ocurre que los estudios en animales realizados para anteriores coronavirus arrojaron resultados negativos, llevando a la muerte a los animales utilizados.

Algunas de las propuestas en proceso parecen –desde lo que se conoce– haber comenzado a testear prototipos de vacunas directamente en seres humanos. Éste no es ni fue el procedimiento habitual desarrollado para otras vacunas en estudio o para las tantas ya aprobadas en la historia de la humanidad. La distancia en el tiempo no cambia las leyes naturales.

Si bien es atendible la urgencia por encontrar una vacuna que se valide con premura, reiteramos, no se la debe lograr a cualquier precio, a riesgo

²⁵⁹ www.fisterra.com/material/investiga/declaración_helsinki.htm [Consultado el 15 de marzo de 2004].

de causar efectos adversos, alteraciones genéticas o complicaciones permanentes en la salud de los seres humanos.²⁶⁰

Antes de cualquier prueba clínica en humanos, la vacuna debe superar una fase cero o pre clínica, que incluye pruebas en células *in vitro* y en modelos animales. En esta etapa, la vacuna debe demostrar que funciona en animales, y una vez superada esa prueba recién entonces puede ingresar a los estudios clínicos en humanos.

En toda investigación biomédica, ya sea que persiga la creación de nuevas técnicas o el descubrimiento de nuevos fármacos, la obligación primaria del médico/investigador es el beneficio del paciente/sujeto de investigación, siendo una condición limitante de su actividad, por lo menos, el evitar causarle un mal innecesario. Por lo tanto, para cumplir con el principio de beneficencia-no maleficencia, el médico/investigador debe procurar que el ensayo clínico no le produzca un sufrimiento innecesario, y lo que es más relevante aún, no le produzca daños irreversibles en su salud o en su vida.

No es menos relevante tener presente que mientras un paciente y/o un sujeto de ensayo clínico está siendo sometido a la investigación no hay beneficencia posible, justamente porque no se conocen los resultados ni la eficacia del fármaco. Podría haber una perspectiva de utilidad a mediano o largo plazo cuando el sujeto salga del protocolo de investigación y forme parte del todo de la sociedad que se beneficiaría con dicho fármaco si el mismo arrojara resultados favorables. Llevado al terreno práctico, ello significa que se debe evaluar responsablemente la seguridad y eficacia de cualquier fármaco que se halle en experimentación antes de su autorización por el órgano competente, cuidando que los beneficios que se pudieran obtener sean mucho mayores que los riesgos que se le expongan a correr al paciente/sujeto de investigación. Respecto a la seguridad de la llamada vacuna, no existen elementos suficientes de valoración a mediano o largo plazo y por lo tanto los vacunados siguen siendo sujetos del

²⁶⁰ <https://cienciaysaludnatural.com/las-vacunas-contr-el-coronavirus-amenazan-a-la-fertilidad-y-nos-muta-geneticamente/?fbclid=IwAR3-WFUJOGWsMZkC8Wylt89mBoTxu5CDQU5GhRo3gLdN-gdNRvT316xvRA> [Consultado el 18 de enero de 2021].

experimento.²⁶¹ El cambio de terminología o los procedimientos administrativos llevados a cabo por los órganos de contralor para aprobación del ensayo clínico, no mutan el conocimiento ni la evidencia científica.

La convención de bioética aprobada por la Asamblea Permanente y el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de noviembre de 1996, suscripta en Oviedo, España, en abril de 1997²⁶² por veintiún países, dejó plasmado en el preámbulo los principios y valores fundamentales, a saber: la necesidad del respeto por el ser humano como individuo y como especie y el resguardo de la dignidad del ser humano que podría verse afectada por los avances de la biología y la medicina, los cuales solo se deben utilizar en resguardo de las generaciones presentes y futuras. Entre las disposiciones generales se proclama la protección de la dignidad e identidad del ser humano resguardándolo de toda discriminación, asegurando el respeto por su integridad y preservando las libertades fundamentales (art. 1). También se contempla la primacía del ser humano sobre el mero interés de la ciencia y la sociedad (art. 2). Está ampliamente legislado el tema de consentimiento libre e informado de las personas sometidas a cualquier intervención en el campo de la salud (art. 9). Asimismo, trae previsiones referidas al derecho a la información, a la intervención sobre el genoma humano solo con fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos. En cuanto a las posibles infracciones a las disposiciones de la Convención, los Estados signatarios deberán asegurar la protección preventiva judicial, fijar una indemnización en caso de mala *praxis* y regular sanciones apropiadas para la infracción a las disposiciones de la Convención.

En oportunidad del Congreso Mundial de Bioética celebrado en Gijón, España, en junio de 2000, el comité científico de la Sociedad Internacional de Bioética (SIBI) se había pronunciado con algunas recomendaciones: “Las biociencias y sus tecnologías deben servir al bienestar de la

²⁶¹ <https://gofile.me/6H9hH/L4SjcmqCa> - Certificación de que eres un experimento por el propio ministerio de sanidad [Consultado el 18 de enero de 2021].

²⁶² portal.unesco.org: instrumentos normativos [Consultado el 2 de diciembre de 2005].

humanidad, al desarrollo sostenible de todos los países, a la paz mundial y a la protección y conservación de la naturaleza [...]”.²⁶³

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos realizada en París en 2005, homologada por 193 países, establece en el artículo 2 entre sus objetivos: “[...] inc g) salvaguardar y promover los intereses de las generaciones presentes y venideras”. En el artículo 3. 2 entre los principios inherentes a la dignidad humana a respetar: “[...] los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad”. En el art. 6. 2 en relación al consentimiento exige: “[...] La información debería ser adecuada, facilitarse de forma comprensible [...]”. En el artículo 28 consigna la siguiente salvedad: “Ninguna disposición [...] podrá interpretarse como si confiere a un Estado, grupo o individuo derecho alguno [...] en contra de los derechos humanos, las libertades fundamentales o la dignidad humana”²⁶⁴

Por su parte, el Código Civil y Comercial vigente desde 2015 instituye en el artículo 58, que regula las investigaciones en seres humanos cuya eficacia y seguridad no esté comprobada científicamente –y es el caso de las vacunas en cuestión–, los requisitos que se deben cumplir. Precisamente el inc. e) exige una comparación fundamentada entre riesgos y beneficios, lo que no se ha reportado sobre todo respecto a los riesgos a largo plazo que se desconocen, por la premura con que se han comenzado a aplicar. El inc. f), en consonancia con el anterior, requiere el consentimiento informado de la persona una vez que ha recibido información, entre otras, sobre dichos riesgos y beneficios, lo que es reafirmado en el inc. g) sobre la proporcionalidad que debe existir entre riesgos y beneficios. Regula la misma cuestión el artículo 59, que estipula qué información debe recibir el sujeto previo a suscribir el formulario del consentimiento informado; exige en el inc. c) que se le haga conocer los beneficios esperados y en el inc. d) los riesgos y efectos adversos previsibles.

²⁶³ Congreso Mundial de Bioética, Gijón, España, 20-24 de junio de 2000. Observaciones y recomendaciones del comité científico de la Sociedad Internacional de Bioética (SIBI).

²⁶⁴ portal.unesco.org: instrumentos normativos [Consultado el 4 de diciembre de 2005].

En el mismo sentido está normada la relación entre riesgos y beneficios en la Ley 26.529/2009 de Derechos del paciente. En el artículo 5, cuando detalla la información que debe recibir el paciente para otorgar el consentimiento informado, reza: [...] en el inc. c) “los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles [...]”.

En ninguno de los casos se podrá cumplir con tales exigencias porque los riesgos y los beneficios se desconocen en su totalidad, ya que no se han cumplido los plazos de experimentación en cada una de las fases.

Al inicio del desarrollo de los estudios para la obtención de las vacunas, el director científico de la biotecnológica moderna, el médico israelí Tal Zaks,²⁶⁵ decía: “[...] el riesgo de forzar los tiempos para desarrollar un producto que pueda poner fin a la pandemia, abre un debate muy difícil sobre el riesgo y el beneficio, ante los potenciales efectos adversos a largo plazo [...]”. Y continuó sosteniendo: “Cada persona para querer vacunarse, tendrá que estar tranquila respecto a que la vacuna es suficientemente segura y probablemente eficaz [...] cuantos más datos se tenga, mejor”.

Por ello, pensar en una vacuna absolutamente confiable es un falso optimismo. No es difícil desarrollar una vacuna, lo difícil es probar que sea segura y eficaz. Si los países y los laboratorios, en esta carrera desenfrenada, están solo interesados en lo primero, podrían estar reduciendo sus métodos. Existe el riesgo de que la confianza se vea dañada por un fármaco que reciba aprobación prematura y luego se demuestre que es dañoso. Las repercusiones económicas que la interrupción del ensayo clínico pueda causar no deben hacer mella en la decisión, porque está en juego la salud y la vida de toda o de gran parte de la humanidad.

Las empresas farmacéuticas, motivadas por la velocidad a la que se está buscando la vacuna, lo que potencia los riesgos de efectos adversos menos frecuentes o imprevistos dejando a su suerte la salud, la integridad o la vida de los ciudadanos inoculados, solo están procurando su protección patrimonial a largo plazo.

²⁶⁵ www.ynetespanol.com [Consultado el 2 de setiembre de 2020].

V. El ensayo clínico en la legislación argentina

La investigación científica contemporánea es una actividad hipertrofiada, sobrevalorada e interesada, cuya eficacia y eficiencia (relación costos y beneficios) es baja. Los altos precios de los medicamentos se deben a la enorme inversión en ensayos clínicos que terminan sin dar los resultados deseados, a pesar de que la industria farmacéutica se ubicó en todos los tiempos entre las más lucrativas. Siempre invirtió más en promoción que en investigación y desarrollo. La escasa probidad ética ha puesto en riesgo el principio de voluntariedad de participación, y ello en parte también se debe a que el consentimiento informado se ha convertido en un proceso burocrático, impersonal y tercerizado que se acerca más a un consentimiento desinformado que lo torna en letra muerta. El panorama descrito se ha evidenciado también en el tratamiento de los pacientes con COVID-19 ^{266, 267, 268}

No existe hoy en Argentina una ley nacional que regule específicamente la investigación médica y sus distintas clases, lo que indirectamente trataría la ética de la investigación científica, hoy esparcida en comités aislados. Con mala técnica legislativa, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación introduce una exigua regulación sobre la investigación en seres humanos (arts. 57, 58, 59), la que debió formar parte de una legislación especial por tratarse de un derecho humano de medular importancia que resulta primordial proteger y por el impacto en la salud colectiva y en las generaciones presentes y futuras.

No obstante, es auspicioso que por primera vez una ley de fondo introduzca alguna norma sobre las investigaciones en seres humanos, ya que ninguno de los proyectos de reforma anteriores había incorporado reglas sobre tan relevante tema. Hasta ese momento solo se contaba con la resolución 1490/2007 del Ministerio de Salud de la Nación sobre “buenas prácticas

²⁶⁶ <https://www.conicet.gov.ar/estudio-revela-que-la-ivermectina-reduce-la-carga-viral-en-pacientes-infectados-con-sars-cov-2/> [Consultado el 8 de octubre de 2020].

²⁶⁷ www.recoverytrial.net [Consultado el 17 de setiembre de 2020].

²⁶⁸ http://ov.pemsv07.net/lpc/lpc_bulk_186/pxi3at_e37a38 [Consultado el 3 de marzo de 2021].

de investigación clínica en seres humanos” y la resolución 1480/2011 sobre “guía para investigaciones en salud humana”.

Actualmente cualquier aplicación clínica del resultado de una investigación debe cumplimentar los recaudos generales establecidos por el artículo 58 del Código Civil y Comercial para los tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente. Exige en el inc. c) la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación,²⁶⁹ en el inc. d) la autorización del organismo público correspondiente y que la investigación que se pretenda aplicar se fundamente según el inc. e) en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga, ya señalado en el acápite precedente.

A su vez, el artículo 59 fija las precisiones sobre los aspectos que deben recibir información quienes se sometan a tales investigaciones en salud, previo a suscribir el formulario del consentimiento informado.

La escasa regulación del Código Civil es complementada y suplida por normas internacionales sobre la materia en análisis. Entre otras, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005, que contiene un conjunto de principios rectores sobre investigaciones en seres humanos, reza en el artículo 16: “Se deberían tener debidamente en cuenta las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras, en particular en su constitución genética [...]”.

También la Declaración de Helsinki (puntos 1 a 15) se refiere a las investigaciones en seres humanos, cuya última versión es la de Brasil de 2013. En el punto 10 expresa: “Los médicos deben considerar las normas y estándares éticos, legales y jurídicos para la investigación en seres humanos en sus propios países al igual que las normas y estándares internacionales vigentes.

²⁶⁹ Conforme establece la Ley 24.742, art. 4, los comités de bioética se pronuncian a través de “recomendaciones” que no tendrán fuerza vinculante y no eximirán de responsabilidad ética y legal al profesional interviniente. Infojus: Sistema Argentino de Informática Jurídica. <www.saij.gob.ar>

No se debe permitir que un requisito ético, legal o jurídico, nacional o internacional disminuya o elimine cualquiera medida de protección para las personas que participan en la investigación establecida en esta Declaración”.

En todo lo que no esté previsto en la legislación nacional se aplican las normas internacionales: Código de Nüremberg de 1947, las normas de la Asociación Médica Mundial a través de la Declaración de Helsinki y sus modificatorias, la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina o Convenio de Oviedo de 1997, la Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos (UNESCO) de 1997, la Declaración sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005 y las pautas éticas internacionales para la investigación biomédica en seres humanos –pautas CIOMS (Council for International Organizations of Medical Science). Y en caso de conflicto entre una regulación nacional y una internacional, la costumbre internacional en materia de protección de los sujetos de la investigación indica la primacía de la norma internacional.

En Argentina, en el desarrollo de la mal llamada vacuna –porque en realidad se trata de un mecanismo de ingeniería genética, según sostiene Eduardo Yahbes;²⁷⁰ es un experimento transgénico—²⁷¹ tampoco se cumplió con la fase cero o pre clínica. Ello de por sí ya contraviene la recomendación 3° del decálogo de Nüremberg: “Basados en los resultados de la experimentación animal y del conocimiento de la historia natural de la enfermedad o de otros problemas en estudio, el experimento debe ser diseñado de tal manera que los resultados esperados justifiquen su desarrollo”.²⁷²

En nuestro país, si bien no existe una ley nacional que regule las investigaciones, ya que como puntualizamos, la regulación incluida en el CCyC es nimia, en todo lo no regulado rigen las normas de la ANMAT

²⁷⁰ www.cienciaysalud.com [Consultado el 19 de enero de 2021].

²⁷¹ <https://gofile.me/6H9hH/jy6Z9ZzF8> - Proyecto transgénesis persistente [Consultado 18 de enero de 2021]. JARZYNA, P., DOAN, N. y DEISHER, T. (2016). “Insertional mutagenesis and autoimmunity induced disease caused by human fetal and retroviral residual toxins in vaccines”. En *Issues in Law E Medicine*, vol. 31, N°2, p. 221-234; <https://gofile.me/6H9hH/L4SjcmqCa> - Certificación de que eres un EXPERIMENTO por el propio Ministerio de Sanidad.

²⁷² portal.unesco.org: instrumentos normativos [Consultado el 12 de setiembre de 2000].

(Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología) y subsidiariamente por las normas internacionales conforme lo establece la Declaración de Helsinki II.

Cuando no se respetan las normas vigentes se pierde de vista la rigurosidad y el método, privando de lo ético a la investigación científica y tecnológica, y ya se puede estar incurriendo en maleficencia por omisión.

No obstante, la decisión de los principales organismos veedores de la industria farmacéutica mundial, la FDA (Food And Drug Administration) y la EMA (European Medicine Agency), aprobó la abreviación de los pasos por los que debe pasar cualquier fármaco antes de llegar a la población, y el organismo de control en Argentina está actuando en sintonía con ese temperamento.

Cuando comenzó el experimento clínico se advirtió un entusiasmo inusitado por parte de los voluntarios que se ofrecieron, motivados por la persuasión al altruismo, por la información sesgada y minimizada de los riesgos, por la difusa información sobre potenciales beneficios, todo lo cual favoreció el reclutamiento. Pero ello no tuvo su correlato cuando se comenzó a inocular masivamente el fármaco a la población, quizás por la falta de información suficiente y precisa, por la falta de confianza en los organismos de contralor, por la falta de credibilidad en que su aplicación sea la solución para evitar el contagio.

Aquí interactúa otro principio bioético, el de autonomía o respeto por la persona, que no debe soslayarse. Éste obliga a respetar la libre decisión de cualquier paciente y/o sujeto de investigación sobre toda intervención que se vaya a concretar sobre su propio cuerpo, o sobre la prueba de cualquier fármaco a la que se lo vaya a someter, la que debe ser precedida por una completa, adecuada y veraz información –plasmada en el formulario de consentimiento informado–, previo a que se someta a la inoculación tal como lo dispone la Ley 26.529/2009²⁷³ de Derechos del paciente en el artículo 3. La Ley 17.132 de ejercicio de la medicina en el art.19 prescribe que los profesionales que ejerzan la medicina están obligados a: “Respetar la voluntad del paciente en cuanto a su negativa a tratarse [...]”.

²⁷³ www.sajj.gob.ar [Consultado el 11 de marzo 2010].

El 7 de octubre de 2020 la Cámara de Diputados de la Nación dio media sanción a la ley llamada de “Vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el COVID-19” y el 29 de octubre se aprobó en el Senado. La Ley 27.573/2020²⁷⁴ habilita a celebrar contratos unilateralmente favorables a las empresas farmacéuticas. Si bien los laboratorios aceptaron el desafío para obtener una vacuna en una precipitada carrera científica nunca vista en la historia de la humanidad, solicitaron su contraprestación al gobierno, concedida con la sanción de esta ley, teniendo al Poder Legislativo en su mayoría como partícipe lo que encuadraría *prima facie* en el artículo 29 de la CN: “El congreso no puede conceder al PE facultades extraordinarias por las que la vida, honor, fortuna de los ciudadanos quede a merced de gobierno o persona alguna. Son actos de nulidad insanable”.

La ley que se aprobó favoreció a las compañías farmacéuticas en detrimento de las garantías constitucionales de los habitantes de Argentina. Las ventajas otorgadas a través de esta ley en los contratos que se celebren radican en tres aspectos fundamentales.

El primer aspecto impugnabile es el que establece la prórroga de jurisdicción a favor de los laboratorios productores de las vacunas. Conforme al artículo 2 se faculta a introducir en los contratos cláusulas que establezcan la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros, prohibiéndose el Estado argentino a oponer la defensa de inmunidad soberana en los litigios que se puedan suscitar por incumplimientos contractuales.

El segundo aspecto insostenible es el que otorga indemnidad patrimonial a las compañías farmacéuticas respecto de las indemnizaciones y otras reclamaciones pecuniarias que pudieran surgir contra quienes participen en la investigación, desarrollo, fabricación, provisión y suministro de las vacunas (art. 4). Los laboratorios, previendo que las expectativas terapéuticas puedan llegar a ser tan irritantes que lleven a la judicialización por falsas promesas incumplidas, sobre todo si los eventuales riesgos ocurren en forma de lesiones graves irreversibles o letales, se han asegurado la exención de responsabilidad, lo que es un dato preocupante. En virtud de esta cláusula, el Estado ha permitido que prevalezca el lucro y las ganancias de las empresas

²⁷⁴ *Op. cit.* [Consultado el 15 de noviembre 2020].

farmacéuticas multinacionales, que ocupan el segundo lugar en poderío económico por sobre la salud y el interés general de la población. Por lo tanto, por las demandas de eventuales damnificados por daños causados por efectos secundarios, tóxicos o cualesquiera otros eventos adversos de las vacunas responderá el Estado argentino. Pero lo que ocurre en los ensayos clínicos, y éste no es la excepción, es que dichos eventos no se denuncian ni se los consigna en su totalidad en los sistemas de reporte y al momento de entablar una demanda no se cuenta con los medios probatorios.

El acortamiento de los plazos para la aprobación de las vacunas por parte de la ANMAT también contribuye a la desconfianza en su eficacia y seguridad. El plazo previsto en 2 (dos) años en términos generales se redujo a 30 (treinta) días según el artículo 8. Precisamente el plazo para aprobación de un ensayo clínico es a los fines de detectar en el tiempo efectos adversos severos que muchas veces surgen en la fase IV de farmacovigilancia de la investigación. La aprobación llamada “por vía rápida” es un mecanismo usual para aplicar a medicamentos destinados a paliar los efectos de enfermedades que afectan a pocas personas en el mundo, que no es el caso presente ya que la vacuna va a ser suministrada a casi toda la humanidad.

El tercer aspecto controvertido es el tema de las cláusulas de confidencialidad en los contratos (art. 10) que giran en torno, entre otros aspectos, a la fórmula del compuesto de la vacuna, lo que es violatorio de normas internacionales y nacionales vigentes. La confidencialidad sobre los componentes de cualquier fármaco contraviene todo principio bioético.

Contraviene la Declaración de Helsinki²⁷⁵ que establece en su art. 37: “[...] la información nueva obtenida de las intervenciones no comprobadas que son investigadas a fin de evaluar su seguridad y eficacia, en todos los casos debe ser registrada y puesta a disposición del público”.

También la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos²⁷⁶ de 2005 en el artículo 16, que dice: “Se deberían tener debidamente en cuenta las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras, en particular en su constitución genética [...]”.

²⁷⁵ portal.unesco.org: instrumentos normativos [Consultado el 12 de setiembre de 2000].

²⁷⁶ *Op. cit.* [Consultado el 11 de octubre de 2006].

Y las declaraciones de la Asociación Médica Mundial²⁷⁷ referidas a las investigaciones en seres humanos, cuya última versión es la de Brasil de 2013, que en el punto 10 expresa: “[...] No se debe permitir que un requisito ético, legal o jurídico nacional o internacional disminuya o elimine cualquier medida de protección para las personas que participan en la investigación establecida en esta Declaración”.

Es violatorio del artículo 58, que trata sobre los requisitos que deben cumplir las investigaciones en seres humanos, que en el inc. a) exige la descripción clara del proyecto y del método a aplicar en un protocolo de investigación; y del art. 59 del CCyC, que en sus 8 (ocho) incisos enumera los aspectos de la investigación sobre los que se debe suministrar información a los sujetos, previo a suscribir el formulario del CI.

También infringe la Ley 26.529/09 de Derechos del paciente, que en el artículo 3 establece que la que información sanitaria que reciba el paciente debe ser clara, suficiente, adecuada a la competencia del paciente para entenderla, con indicación de los riesgos, efectos adversos y secuelas.

Vulnera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 7, que establece que nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos y por ende si hay información confidencial que no puede ser informada al paciente, ello vicia el consentimiento libre. En términos generales, la ley aprobada es violatoria de las recomendaciones 4^a, 5^a, 6^a, 7^a y 9^a del Código de Núremberg²⁷⁸ en cuanto a riesgos de daño, incapacidad o muerte del sujeto.

IV. El experimento debe ser ejecutado de tal manera que evite todo sufrimiento físico, mental y daño innecesario.

V. Ningún experimento debe ser ejecutado cuando existan razones a priori para creer que pueda ocurrir la muerte o un daño grave [...].

VI. El grado de riesgo a tomar nunca debe exceder el nivel determinado por la importancia humanitaria del problema que pueda ser resuelto por el experimento.

²⁷⁷ *Op. cit.* [Consultado el 3 de julio de 2015].

²⁷⁸ *Op. cit.* [Consultado el 12 de setiembre de 2000].

VII. Deben hacerse preparaciones cuidadosas y establecer adecuadas condiciones para proteger al sujeto experimental contra cualquier remota posibilidad de daño, incapacidad y muerte [...].

IX. Durante el curso del experimento, el sujeto humano debe tener libertad para poner fin al experimento si ha alcanzado el estado físico y mental en el cual parece a él imposible continuarlo.

Y principalmente violatoria de la pauta 10ª, que exhorta a quien está realizando el experimento a darlo por terminado: “X. Durante el curso del experimento, el científico a cargo de él debe estar preparado para terminarlo en cualquier momento, si él cree que en el ejercicio de su buena fe, habilidad superior y juicio cuidadoso, la continuidad del experimento podría terminar en un daño, incapacidad o muerte del sujeto experimental”.

Nada más alejado de esta recomendación. Los requerimientos de los laboratorios contrariamente solo procuraron cumplir fielmente el principio de beneficencia para sí, en desmedro de la salud y la vida de los seres humanos.

VI. A modo de reflexión final

En este desafío se evidencia un proceso acelerado tomado con anticipado triunfalismo y una enorme especulación avasallando el metaprincipio de la dignidad inviolable del ser humano y el respeto por las generaciones futuras, apartándose de la ley natural y de los preceptos negativos que obligan sin excepción. Es lamentable constatar cómo aquel metaprincipio fue sojuzgado por los intereses económicos corporativos.

Si al comenzar a elaborar esta comunicación manteníamos nuestro escepticismo y nuestras dudas acerca de la efectividad de los estudios en marcha, la sanción de esta ley vino a robustecer nuestra perplejidad y reafirmar que se ha dado un paso más en desmedro de este principio ancestral que se remonta no solo a Ulpiano, sino a Demóstenes, el orador ático que lo precedió en quinientos años.

Bibliografía

Fuentes documentales

CICERÓN, M. T. (1997). *De Officiis*. Traducción por José Guillén Ca-
bañero. T. IV. Barcelona: Altaza.

Código Civil y Comercial de la Nación comentado (2015). 1°ed. Buenos
Aires: Infojus, Sistema Argentino de Informática Jurídica. Recuperado de
www.saij.gob.ar.

Declaración de Helsinki, Asociación Médica Mundial. Principios éticos
para las investigaciones médicas en seres humanos. Investigación: [www.
fisterra.com/material/investiga/declaración_helsinki.htm](http://www.fisterra.com/material/investiga/declaración_helsinki.htm)>

DI PIETRO, A. (1987). *Gayo, Institutas, III traducido*. 3ª ed. Buenos
Aires: Abeledo-Perrot.

GARCÍA DEL CORRAL, I. (1892). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*.
Traducción por hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrugger. Barcelona:
Jaime Molinas.

IRIGOYEN TROCONIS, M. (1994). *Paulo, J. Sentencias a su hijo. Tra-
ducción del latino al castellano*. México: Universidad Nacional Autónoma
de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto de Investigacio-
nes Filológicas.

www.saij.gob.ar. Infojus: Sistema Argentino de Informática Jurídica.

Bibliografía específica

ABEL, F. (1993). “Comités de bioética. Necesidad, estructura y funcio-
namiento institucional”. En *Review Boards and Institucional Ética Commi-
ttees, Labor hospitalaria*, vol. 229.

ARANGIO RUIZ, V. (1952). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción por J. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma.

ARIAS RAMOS, J. (1947). *Derecho Romano*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

CATALANO, P. (1990). *Diritto e persona*. Torino: G. Giappichelli.

CATALANO, P. (1997). “L’Inizio della persona nel sistema giuridico romanista”. En *Actualidad del Derecho Romano en el pensamiento de Giorgio La Pira*. Roma: Universidad de la Sapienza.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2003). *Revista de Responsabilidad y Seguro*. Buenos Aires: La Ley.

ESTRADA, S. (2009). “Posibles conflictos éticos en la participación simultánea en ensayos clínicos e investigación terapéutica”. En *XIV Jornadas argentinas y latinoamericanas de Bioética*, Asociación Argentina de Bioética.

ESTRADA, S. (2010). “Bioética y consentimiento informado”. En *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores*, vol. 2.

ESTRADA, S. (2012). “La autonomía de la voluntad en las fuentes romanas y su proyección al derecho civil argentino”. En *Lecturas de Derecho Romano VI*. Buenos Aires: Ediciones Edictum.

GRACIA GUILLÉN, D. (1990). *El primun non nocere como fundamento de la ética médica*. Fuenlabrada, Madrid: Anzos.

<https://cienciaysaludnatural.com/las-vacunas-contr-el-coronavirus-amenazan-a-la-fertilidad-y-nos-muta-geneticamente/?fbclid=IwAR3-WFUJOGWsMZkjC8WyIt89mBoTxu5CDQU5GhRo-3gLdN-gdNRvT316xvRA>

<https://gofile.me/6H9hH/ZeVudS3V4> - Amenazas de la FERTILIDAD, MUTACIÓN GENÉTICA y SILENCIAMIENTO DE GENES

<https://gofile.me/6H9hH/L4SjcmqCa> - Certificación de que eres un EXPERIMENTO por el propio Ministerio de Sanidad

<https://gofile.me/6H9hH/jy6Z9ZzF8> - Proyecto transgénesis persistente

JARZYNA, P., DOAN, N. y DEISHER, T. (2016). “Insertional mutagenesis and autoimmunity induced disease caused by human fetal and retroviral residual toxins in vaccines”. En *Issues in Law E Medicine*, vol. 31, N°2.

JONAS, H. (1995). *Principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2018). Conflicto de intereses en la ciencia y la investigación, *JA XX Número Especial de Bioética*, III-3, Buenos Aires. pags 82-95.

GHISLAINE, L. (2012). *La mafia médica*. Granada: Vesica Piscis.

MAINETTI, J. (1994). *Bioética ilustrada*. La Plata: Quiron.

MAINZ, C. (1892). *Curso de Derecho Romano*. Traducción por A. J. Pou y Ordinas. Barcelona: Molima.

ORTOLÁN, M. (1912). *Instituciones del Emperador Justiniano*. Madrid: Francisco Pérez de Anaya y Francisco Pérez Rivas.

portal.unesco.org: Instrumentos normativos.

www.conicet.gov.ar/estudio-revela-que-la-ivermectina-reduce-la-carga-viral-en-pacientes-infectados-con-sars-cov-2/

www.recoverytrial.net

www.ynetespanol.com

La virtualización de la enseñanza del derecho romano en las universidades Nacional y Católica de Córdoba durante la pandemia del COVID-19

Por María Cristina Filippi²⁷⁹ y Agustín Andrich²⁸⁰

Resumen

En el presente trabajo tratamos en primer lugar las cuestiones de enseñanza en la antigüedad, analizando las fuentes en el Digesto, la creación de las universidades en la Edad Media y la recepción en la Universidad Nacional

²⁷⁹ Doctora en Derecho (UNC). Profesora titular de Derecho Romano en la Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Católica de Córdoba. Directora del Instituto de Derecho Romano "Dr. Agustín Díaz Bialet" de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Presidenta Emérita de ADRA. Mail: cristinafilippi@arnet.com.ar, cristinafilippi26@gmail.com.

²⁸⁰ Abogado y Notario (UCC). Profesor Adjunto de Derecho Romano y Derecho Privado I de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Romano "Dr. Agustín Díaz Bialet" de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Adscripto de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de ADRA. Mail: aguandrich@hotmail.es

y Católica de Córdoba, para luego explicar cómo se realizó la migración de la enseñanza presencial a la virtual en las universidades de Córdoba como consecuencia de la pandemia del COVID-19 y las experiencias positivas y negativas recogidas.

Palabras claves: derecho romano; enseñanza; digital

Abstract:

In the present work, we first deal with teaching issues in antiquity, analyzing the sources in the Digest, the creation of universities in the Middle Ages and the reception at the National and Catholic Universities of Córdoba, to then explain how it was carried out the migration from face-to-face to virtual teaching in the universities of Córdoba as a consequence of the COVID-19 pandemic and the positive and negative experiences collected.

Keywords: roman law; teaching; digital

I. Introducción

En este trabajo tratamos de visualizar una realidad que se nos planteó a los docentes a comienzo del año 2020 respecto a la migración de la enseñanza del derecho romano presencial a la virtual en las universidades Nacional y Católica de Córdoba por la pandemia del COVID-19.

En el desarrollo del presente trabajo analizaremos cómo se desarrolló el proceso de enseñanza en la Edad Media con las escuelas de Constantino-pla y Berito y la labor de la Escuela de los Glosadores en la Universidad de Bolonia. Detallando, como Von Ihering en el siglo XIX afirma, que las universidades alemanas deben fundarse en la enseñanza intuitiva de las ciencias jurídicas. Luego de este breve trayecto histórico, llegamos a la creación de la cátedra de Instituta en 1791 en la Universidad Nacional de Córdoba.

Luego expondremos y analizaremos la experiencia obtenida a través de la nueva modalidad implementada no solo referida a la enseñanza ante la utilización de nuevos recursos tecnológicos en la materia de grado, sino también en las distintas ofertas académicas que se brindan en las casas de altos estudios.

II. La enseñanza del derecho romano en la Edad Media en las escuelas de Constantinopla y Berito y en la Escuela de los Glosadores (Universidad de Bolonia)

Justiniano, al publicar la Constitución que figura en las ediciones del *Corpus Iuris* como uno de los proemios del Digesto, nos hace conocer el plan de enseñanza que seguían las escuelas de Constantinopla y Berito y que él impuso con la Constitución *Omne Reipublicae*²⁸¹ disponiendo que en el primer año debían estudiarse las Institutas de Gayo y cuatro libros singulares (*Res Uxoriae*, tutela, testamentos y legados). En el segundo curso se incluía sobre las primeras *pars legum* y algunos títulos escogidos de las *pars iudiciis* y de rebús, y en el tercer año debían explicarse los títulos restantes de las *pars iudiciis* y de las *pars de rebus* y ocho libro de las Responsas de Papiniano. En el cuarto curso se dictaban lecciones sobre diez libros del Digesto (XXIV, XXV, XXVII, XXIX, XXXI a XXXVI) que reemplazaron a las Responsas de Paulo, que hasta entonces se estudiaban, y en el quinto y último año, las clases versaban sobre el Código de Justiniano.

La primera universidad europea apareció en Bolonia, cuya creación coincidió con la renovación del interés por el derecho romano. La enseñanza en las universidades medievales se iniciaba en el curriculum de las artes liberales tradicionales, el *trivium*, *quadrivium*, las clases eran impartidas en latín básicamente. La instrucción de la universidad medieval se realizaba mediante el método de la conferencia. Los libros eran caros y pocos

²⁸¹ Constitución *Omne Reipublicae* §1.

estudiantes podían pagarlos, así que los maestros leían un texto (como una colección de leyes, si la asignatura era derecho) y después hacían comentarios que llegaron a conocerse como glosas. No se aplicaban exámenes después de una serie de lecciones, pero cuando un estudiante solicitaba un grado (las mujeres no asistían a las universidades), un tribunal de maestros lo sometía a un tribunal oral. Estos exámenes se realizaban después de un período de estudios que podían alargarse de cuatro a seis años. En el primer grado se podía obtener el título de Bachiller en Letras y, más tarde, el de Maestro en Arte. Todos los grados eran técnicamente licencias para enseñar, aunque la mayoría de los estudiantes que la recibían no ejercían como maestros. Tras completar el curriculum de artes liberales, un estudiante podía estudiar derecho, medicina o teología.

Regresemos al renacimiento del derecho romano. De especial importancia fue el redescubrimiento de la gran obra legal de Justiniano, el *Corpus Iuris Civilis*, conocido por el occidente medieval antes del año 1100 solo mediante fuentes de segunda mano. En los albores del siglo XII se funda en Bolonia una Escuela de Jurisconsultos encabezada por Irnerio, gramático boloñés, ya que al 1100 encaró el estudio del derecho romano justiniano realizando sobre el mismo glosas y comentarios, valiéndose de un manuscrito del Digesto, descubierto en la ciudad de Pisa, dando origen a la Escuela de los Glosadores. Maestro de derecho, Irnerio explicaba a sus estudiantes el significado de los términos legales romanos, que gradualmente fueron siendo más complejos a tal punto que para mediados del siglo XII los doctores en derecho habían desarrollado comentarios y tratados sistemáticos de los textos legales. Las ciudades italianas, sobre todo Pavía y Bolonia, se convirtieron en centros prominentes del estudio del derecho romano y en el siglo XIII encontramos como obra fundamental la Glosa de Acursio. El estudio del derecho romano en las universidades consistió en el aprendizaje de los textos del derecho junto con sus glosas, resurgimiento que ocurrió en un mundo dominado por un código jurídico muy diferente al de los romanos. El derecho europeo comprendía una mezcla de código germánico de leyes, las costumbres feudales y las regulaciones urbanas. El deseo de conocer un mundo más ordenado, tal vez, hizo inevitable que los europeos dieran entusiastamente la bienvenida a un enfoque más sistemático del derecho romano.

Los estudiantes de las universidades medievales provenían predominantemente de los niveles intermedios de la sociedad medieval, la familia de los pequeños caballeros, mercaderes y artesanos. Todos eran hombres, muchos eran pobres pero ambiciosos y con deseos de ascender socialmente. Muchos estudiantes medievales comenzaban cuando tenían entre catorce y dieciocho años y recibían su licenciatura en letras en los primeros años de su segunda década de existencia. El estudio de un doctorado en una de las escuelas especializadas en derecho, medicina o teología significaba cuando menos otros diez años. No era extraño que los hombres obtuvieran su grado de doctor cuando tuvieran más de treinta y cinco años, o a los cuarenta.

Existen similitudes entre los estudiantes medievales y los de esta época. En ese entonces, como ahora muchos de ellos, tomaban sus estudios con seriedad y trabajaban; el alcohol, sexo y las tentaciones para gastar dinero eran también comunes. Hay bibliografía epistolar donde se nos ilustra al respecto.

También las universidades medievales compartieron la atmósfera violenta de la época. Uno de los casos destacados en este aspecto fue el de un estudiante en Bolonia que fue atacado por un compañero armado con una espada en el salón de clase.

A pesar de la violencia, las universidades resultaron decisivas para la cultura medieval no solo por el desarrollo del aprendizaje, que a fin de cuentas es el primordial objetivo de una universidad, de proveer un mecanismo para la capacitación del personal que actuaba como administradores, abogados y médicos en una sociedad crecientemente especializada.

III. La enseñanza intuitiva según Von Ihering en su obra *Bromas y veras en la jurisprudencia*

Von Ihering, en sus charlas luego de debatir, propone, fruto de su experiencia, que para la enseñanza intuitiva de las ciencias jurídicas son necesarios diversos objetos demostrativos, para llegar a delinear un plan. Lo explica de esta manera:

En cada universidad alemana debe fundarse la enseñanza intuitiva en

un gabinete o museo jurídico de demostraciones, que deberá abarcar dos grandes secciones:²⁸² una para los objetos de derecho y otra para los sujetos, ambas estarán siempre a disposición de los docentes para su enseñanza. El gabinete de objetos comprenderá solo cosas muebles. La enseñanza intuitiva con respecto a inmuebles, por ejemplo, servidumbres prediales o derecho de superficie, podrán suministrarse mediante excursiones por los contornos. La idea ordenadora al instalar la colección que habrá de ser para un concepto o para cada relación jurídica se elegirá un objeto adecuado y a él exclusivamente se harán las alusiones, a fin de que los dos términos, objeto y concepto, se asocien en la mente del discípulo con unidad de representación. Gracias a este conocido mecanismo memotécnico se adquirirán las ideas en las formas más esenciales y seguras, tomando como objeto de comodato un libro, todo volumen que el estudiante viese traería a su mente la idea de comodato.

IV. La enseñanza del derecho romano en las facultades de Derecho de las universidades Nacional y Católica de Córdoba

A fines del siglo XVIII, todas las condiciones eran propicias para la creación de una cátedra de derecho romano. Este derecho era conocido y estudiado como fuente de doctrina o como verificación filosófica, de la moral o del derecho natural, por cuya razón se imponía su estudio científico. Por ello nació la primera cátedra de Instituta, que vino a cubrir una necesidad y una laguna del saber jurídico.

De los estudios realizados²⁸³ se puede comprobar el desarrollo de los cursos de la Universidad de Córdoba, que los alumnos estudiaban en los dos primeros cursos la Instituta de Justiano, asistiendo a 952 clases con

²⁸² VON IHERING, R. (1974). *Bromas y Veras en la Jurisprudencia*. Buenos Aires: Ejea.

²⁸³ DÍAZ BIALET, A. (2003). *La recepción del Derecho Romano en la Argentina*. Córdoba: Alveroni.

recepción de exámenes, según documentación de la época.

A partir de la creación de la primera cátedra, en el año 1791, para la enseñanza del derecho laico o derecho civil, el derecho romano no solo sería prácticamente aplicado, sino también científicamente cultivado y enseñado. Durante esta época se conoce una abundante y nueva bibliografía, como la edición del *Corpus Iuris* de Dionisio Godofredo y las obras de Vinnius, Heinecius y Cuiacius. Así, se inicia un estudio profundo, exegético de los textos de las fuentes.

Luego de este trayecto histórico, donde hemos expuesto brevemente algunos planes de enseñanza, los estudiantes medievales con sus costumbres, para hacer un paralelismo con la actualidad, el plan de enseñanza intuitiva propuesta por Von Ihering y para finalizar con la creación de la cátedra de Instituta, en el año 1791, pasamos a la nueva realidad que se nos presenta en el siglo XXI a través de la enseñanza virtual.

La enseñanza del derecho romano en las universidades cordobesas (Nacional y Católica de Córdoba) se desarrolló hasta el año 2019 de manera presencial dentro del espacio áulico, donde el docente desempeñaba su función de enseñanza, impartiendo sus clases, utilizando distintos recursos didácticos, como la utilización del pizarrón, el empleo de guías y mapas conceptuales, para el desarrollo de los conceptos teóricos, el análisis de las instituciones jurídicas y la resolución de casos prácticos. Se trataba de una enseñanza donde el docente, al momento de planificar su clase y durante ella, debía conocer las condiciones antropológicas, psicológicas y sociales de sus alumnos, para comprender qué métodos o técnicas de enseñanza debían implementar a los fines de mejorar el sistema de aprendizaje de los estudiantes.

El diálogo constante docente-alumno y alumno-docente juega un papel fundamental en el proceso de enseñanza, donde no solamente el docente explica el contenido de la materia, sino que el alumno pregunta sobre las dudas e inquietudes que tiene a los efectos de entender el tema que se está desarrollando, y permitiéndole además al docente poder comprender el conocimiento que van adquiriendo, para poder poner en juego determinadas acciones e instrumentos que permitan optimizar los resultados.

En el año 2020, más precisamente en el mes de marzo, como consecuencia de la pandemia del COVID-19, las autoridades universitarias resolvieron

teniendo en cuenta las disposiciones y protocolos nacionales en materia de salud, a través resoluciones rectorales, el cambio de modalidad en la enseñanza universitaria. Se debió migrar de manera repentina de la modalidad presencial que se venía desarrollando a una modalidad virtual, que comenzaba a ponerse en práctica por los avances tecnológicos pero que todavía muchos docentes no estaban preparados para afrontarla.

Esta situación global implicó que muchos docentes debían actualizarse a las nuevas tecnologías de enseñanza. Nos estamos refiriendo a la utilización de aulas virtuales (plataformas Moodle) el dictado de clases mediante la utilización de programas (Zoom, Meet, BBB, etc.), la utilización de mapas conceptuales, power point, cuadros, videos, que luego debían subir a las respectivas aulas virtuales de la materia. Las universidades comenzaron a impartir diversos cursos y seminarios de enseñanza para que los docentes puedan adquirir conocimientos acerca de la utilización de estas herramientas y recursos virtuales, no solamente para el dictado de las clases, sino también para las correspondientes evaluaciones de los exámenes parciales y finales.

Debemos tener en cuenta que la virtualización permite las siguientes ventajas:

- 1) La comunicación entre docentes y alumnos que se encuentran en distintos puntos del país.
- 2) La interacción de manera inmediata con los alumnos.
- 3) La utilización de las grabaciones de las clases, para el repaso de las mismas.
- 4) El estudio y aprendizaje de la materia sin necesidad de desplazamiento a los centros educativos.
- 5) La obtención de información de manera inmediata y constante de la asignatura a través de las distintas plataformas de internet.
- 6) La utilización de aulas virtuales complementarias al dictado de clases.

Podemos mencionar como desventajas del sistema virtual:

- 1) Para poder participar de las clases se deberá contar con dispositivos electrónicos como computadora, celular o tablet con conexión

a internet, existiendo casos de alumnos y docentes que no cuentan con los mencionados dispositivos.

- 2) Problemas de conectividad con los servidores de internet.
- 3) Escaso conocimiento en el manejo de los recursos tecnológicos por una parte importante de los docentes.
- 4) Dificultad por parte del docente a la hora de controlar los exámenes parciales y finales.
- 5) Malestar visual por el contacto directo y permanente frente a celulares y computadoras.

El nuevo sistema de enseñanza ha sido aceptado o criticado por los integrantes de la materia Derecho Romano de ambas universidades de Córdoba. Podríamos inferir que esta nueva modalidad no es mejor ni peor a las anteriores sino diferente, es decir, que tiene ciertos aspectos que han potenciado y expandido geográficamente el ámbito de enseñanza, posibilitando a la mayor cantidad de alumnos aprender el contenido de unas de las materias introductorias y formadoras para futuros profesionales.

El estudio del derecho romano por parte de los estudiantes en las facultades de Derecho de las universidades cordobesas se centra no solo en el cursado durante el primer semestre del primer año de la carrera de derecho, con carácter de obligatorio, sino además se crearon materias opcionales (“Instituciones de Derecho Romano” en la UCC y “Antecedentes romanos en derecho ambiental y su proyección a la legislación actual de nuestro país” en la UNC), y por otro lado, en la Universidad Católica de Córdoba existen varios proyectos de responsabilidad social universitaria (proyectos bianuales, especiales, y proyectos de bienestar de la comunidad interna), donde se fueron desarrollando seminarios y distintas actividades interdisciplinarias. Se desarrolló durante los últimos años un proyecto de tutorías en la materia, impartidas por docentes, donde se pudieron evacuar todo tipo de consultas previo a los exámenes parciales y finales.

Además, contamos con el Instituto de Derecho Romano “Dr. Agustín Díaz Biale” en la UCC, donde mensualmente se reúnen profesores de distintas universidades del país, a los fines de disertar sobre diversos temas que son debatidos por los miembros e invitados, donde posteriormente se realizarán las publicaciones de algunos de ellos en la revista digital perteneciente al mismo.

Y para finalizar, cabe destacar que la virtualidad en todos los aspectos antes mencionados ha favorecido en gran medida el contacto con profesores no solo a nivel nacional, sino también internacional, y esto se pudo observar en el Primer Encuentro de Institutos de Derecho Romano, realizado entre los días 31 de julio y 1º de agosto del año 2020, con la participación de prestigiosos profesores de distintos países. Se trató del primer evento internacional de la asignatura realizado de esta manera en la República Argentina.

V. Conclusión

Podemos concluir nuestro trabajo, luego de efectuar un análisis general sobre el sistema de enseñanza en las distintas universidades del mundo a lo largo del devenir histórico, comparando los distintos sistemas educativos, el nivel de aprendizaje y los planes y métodos de estudio, remarcando que todos los cambios que se han ido produciendo en la evolución de la enseñanza del derecho romano han tenido en cuenta ciertos aspectos sociales, culturales, educativos, económicos, científicos y tecnológicos, que nos han obligado ir adaptándonos a los nuevos cambios.

Quisiéramos, por último, brindarles las siguientes máximas de Séneca “De la enseñanza y del instruirse”, a los fines de reflexionar sobre los temas tratados en nuestro trabajo:

- › “Hay que fijar ante todo en el alumno convicciones firmes o lo que yo llamo principios, que les sirvan para toda la vida”.
- › “Hay alguna diferencia entre las aclamaciones del teatro y la escuela”.
- › “No es maravilla que una misma materia de enseñanza saque cada cual lo que más se adapta a su gusto: en un mismo prado el buey busca la hierba, el perro a la liebre, la cigüeña al lagarto”.

Bibliografía

DAVINI, M. C. (2009). *Métodos de Enseñanza. Didáctica General para Maestros y Profesores*. Buenos Aires: Santillán.

DE FONSECA, A. (1872). *Digesto del Emperador Justiniano. R.V. Cuesca de Sgo*. Madrid: Imprenta de Ramón Vicente.

DÍAZ BIALET, A. (2003). *La recepción del Derecho Romano en la Argentina*. Córdoba: Alveroni.

FRIEDLANDER, L. (1947). *La Sociedad Romana*. México: Fondo de Cultura Económica.

GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889). *Cuerpo de Derecho Civil Romano*. Barcelona: Jaime Molinas.

KOSCHAKER, P. (1955). *Europa y el Derecho Romano*. Madrid: Revolución del Derecho Privado.

LITWIN, E. (2008). *El oficio de Enseñar condiciones y contextos*. Buenos Aires: Paidós.

MAGGIO, M. (2012). *Enriquecer la Enseñanza. Los ambientes con alta disposición tecnológica como oportunidad*. Buenos Aires: Paidós.

MARTÍNEZ PAZ, F. (1995). *La enseñanza del Derecho. Presupuestos y opciones*. Córdoba: Academia Nacional del Derecho.

MAYNZ, C. (1898). *Curso de Derecho Romano*. Barcelona: Jaime Molinas.

MONSENN, T. (1956). *Historia de Roma*. Madrid: Aguilar.

RÍOS, G. y RUIZ JURI, M. (2016). *La enseñanza del derecho: orientaciones para la práctica*. Córdoba: Editorial de la UNC.

SENECA, L. A. (1998). *Tesoro de Máxima. Avisos y Observaciones*. Barcelona: Círculo de lectores.

SPIELVGEL, J. (2003). *Civilizaciones de Occidente*. México: Thomson S.A.

VON IHERING, R. (1974). *Bromas y Veras en la Jurisprudencia*. Buenos Aires: Ejea.

Algunos antecedentes de la “ausencia con presunción de fallecimiento” en el derecho romano

Por Anabella Facciuto Kaed²⁸⁴

Resumen

La presente comunicación examina algunos antecedentes sobre la “ausencia con presunción de fallecimiento” en el derecho romano. Pese a no existir un tratamiento unitario y sistemático de la cuestión en Roma, ni en tiempos de la República ni en tiempos del Imperio, la *praxis* jurídica debió dar respuesta a determinadas situaciones que tenían como supuesto

²⁸⁴ Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Asesora Legal de la Unidad de Gabinete de Asesores del Ministerio de Salud de la Nación. Profesora de la materia Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Profesora de la materia Principios Generales del Derecho Privado del CBC de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de la materia Introducción al Derecho de la Facultad de Ciencias Económicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Socia de CIEJIL. Correo electrónico: anabellafacciuto@gmail.com/anabellafacciutokaed@derecho.uba.ar.

común la desaparición de un ciudadano romano, por los efectos o consecuencias legales que de ello dimanaban.

De manera particular, en este trabajo se analizan cuatro supuestos de ausencia: a) el desconocimiento del paradero del *pater familias* al momento en que alguno de sus hijos quisiera contraer matrimonio; b) los efectos de la ausencia de uno de los cónyuges ante la posibilidad de un nuevo matrimonio; c) la *Lex Cornelia de Captivis* y sus efectos en los testamentos y en la *sucesión ab intestato* del *pater familias* cautivo; d) el caso del cautivo de guerra y el *ius postliminium*.

Palabras claves: ausencia; presunción de fallecimiento; derecho romano

I. Introducción

De la lectura del *Diccionario de la Real Academia Española* (RAE) surgen las siguientes definiciones de la palabra “ausencia”, del lat. *absentia*: “1. f. Acción y efecto de ausentarse o de estar ausente; 2. f. Tiempo en que alguien está ausente; 3. f. Falta o privación de algo; 4. f. Med. Supresión brusca, aunque pasajera, de la conciencia; 5. f. Psicol. Distracción del ánimo respecto de la situación o acción en que se encuentra el sujeto; 6. f. Der. Condición legal de la persona cuyo paradero se ignora”.²⁸⁵

La última definición pertenece, en efecto, al plano jurídico. La misma no establece la presunción de fallecimiento *per se* de la persona desaparecida, solo el hecho de que se ignora su paradero. La presunción de muerte surge a partir de ciertas circunstancias de la desaparición, que permiten conjeturar que la persona ha fallecido, aunque sin tener plena certeza de ello.

Así las cosas, frente a un supuesto de “ausencia con presunción de fallecimiento”, la legislación civil permite que aquellas personas que acrediten un interés legítimo puedan iniciar un proceso judicial con el objeto de

²⁸⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 23^a ed. Versión 23.4 en línea: <https://dle.rae.es> [Consultado el 20/02/2021].

preservar el patrimonio y poner en resguardo la defensa de los intereses del ausente.

En el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) se encuentra tratada la ausencia con presunción de fallecimiento en el libro I, cap. 7, art. 85, 92.²⁸⁶ El artículo 88 prevé tres supuestos de ausencia con presunción de fallecimiento, a saber:

a) Caso ordinario: se presume la muerte de una persona por su ausencia durante tres años, contados éstos desde la fecha de la última noticia del ausente.

b) Casos extraordinarios:

1. Genérico: se da cuando no hay noticias sobre una persona durante dos años, pero esta se encontraba en el lugar de un incendio, terremoto, guerra o semejantes, contados desde el día en que ocurrió el suceso.

2. Específico: ocurre en aquellos supuestos en que no se tiene noticias de una persona que se encontraba en una nave o aeronave naufragada o perdida por el término de 6 meses desde el accidente.

El CCCN regula el procedimiento que ha de seguirse para declarar la ausencia, que ha de ser peticionada por cualquier persona que tuviera un interés subordinado a la muerte de la persona (art. 87 del CCCN), y siendo competente el juez del último domicilio del ausente. Durante el juicio deben tomarse las siguientes medidas: a) Nombramiento del defensor del ausente; b) Citar por edictos (1 vez por mes durante 6 meses); c) Designación del curador a los bienes del ausente; d) Recepción de pruebas (cualquier medio es admisible); y e) Audiencia del defensor del ausente.

Al dictar sentencia, el juez fija el día presuntivo de defunción y ordena

²⁸⁶ Cabe destacar que también el Código velezano reguló la ausencia con presunción de fallecimiento en el Título VIII del Código Civil (arts. 110 a 125), sustituido por la Ley 14.394, arts. 15 a 32.

inscripción en el registro correspondiente (art. 89 del CCCN). Una vez abierta la sucesión del presuntamente fallecido, se debe realizar el inventario y avalúo correspondiente a sus bienes. Luego se puede inscribir a nombre de los herederos, con la correspondiente indisponibilidad transitoria de los bienes. Como consecuencia de dicha indisponibilidad, no se puede vender ni gravar sin autorización judicial por el término de cinco años desde la fecha presuntiva de fallecimiento u 80 años desde el nacimiento de la persona (arts. 91/92 del CCCN).

Cabe preguntarse qué sucedería si el ausente reapareciera y qué efectos surte este hecho en relación a los bienes y su matrimonio. En cuanto a los bienes, queda sin efecto la declaración de fallecimiento. Asimismo, si el regreso ocurre antes del término de la prenotación se procede a la devolución de sus bienes. Conforme el art. 92 del CCCN, si el ausente reaparece luego del período de prenotación puede reclamar: a) la entrega de los bienes que existan en el estado en que se encuentran; b) los adquiridos con el valor de los que faltan; c) el precio adeudado de los enajenados; y d) los frutos no consumidos.

En cuanto a los efectos de la reaparición sobre el matrimonio, el CCCN prevé la disolución del matrimonio del declarado ausente con presunción de fallecimiento. Por cierto, el artículo 435 establece que el matrimonio se disuelve por: a) muerte de uno de los cónyuges; b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; y c) divorcio declarado judicialmente.

II. La ausencia en el derecho romano

Si bien para Ogáyar y Ayllón no existen precedentes de la figura de la ausencia en el derecho romano, apoyándose en que ciertos pasajes del Digesto y del Código de Justiniano se refieren a algunos aspectos de la misma, sin ninguna coordinación entre sí,²⁸⁷ debe evaluarse con cautela

²⁸⁷ OGAYAR Y AYLLÓN, T. (1936). *La ausencia en Derecho sustantivo y adjetivo*. Madrid: Reus, p. 15 y ss.

tal afirmación e interpretarse en el sentido propuesto por Louzan de Solimano, a saber, que “el derecho romano no sentó doctrina al respecto. Su base recién será establecida por los juristas medievales”.²⁸⁸

Es posible hallar en los juristas clásicos algunos antecedentes a propósito de la desaparición de personas y la duda legítima respecto de su supervivencia transcurrido cierto período de tiempo, especialmente cuando esa duda se fundaba en el hecho de que el sujeto desaparecido había atravesado una situación de peligro real y objetivo para su vida. En verdad, “el tratamiento que Roma daba a esta figura puede considerarse en cierto sentido como antecedente directo de la moderna institución de la ausencia, sobre todo desde un punto de vista sustancial”.²⁸⁹

Dado, pues, que no existe un tratamiento sistemático y unitario en el derecho romano sobre el tema, a continuación se analizarán algunos casos concretos de ausencia ante los cuales el antiguo legislador debió dar respuesta por los efectos jurídicos de tal desaparición: 1) el desconocimiento del paradero del *pater familias* al momento de que alguno de sus hijos quisiera contraer matrimonio; 2) los efectos de la ausencia de uno de los cónyuges respecto del matrimonio; 3) la *Lex Cornelia de Captivis* y sus efectos en los testamentos y en la sucesión *ab intestato* del *pater familias* cautivo; y 4) el caso del cautivo de guerra y el *ius postliminium*.

a) La ausencia del pater familias y el matrimonio de los hijos

En el Digesto se puede leer un fragmento del jurista Paulo según el cual, si se registra la ausencia del *pater familias*, los hijos e hijas pueden contraer matrimonio sin necesidad de su consentimiento, transcurridos los tres años de ausencia material: “Si el padre estuviera ausente, de modo que se ignorase dónde esté y si exista, con razón se duda qué se ha de hacer.

²⁸⁸ LOUZAN DE SOLIMANO, N. D. (1990). *Curso de Historia e Instituciones del Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial de Belgrano, p. 133.

²⁸⁹ LAIN CASADO, C. (2016). *La ausencia en el derecho civil y en el derecho militar: Estudio histórico y comparado*. Tesis doctoral. Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, p. 177.

Y si hubieren pasado tres años, después que completísimamente se haya ignorado dónde mora el padre, y si aún vive, no se les prohíbe a sus hijos, de uno u otro sexo, contraer matrimonio o legítimas nupcias”.²⁹⁰

La ausencia material, por cierto, se configura por la falta de presencia física del *pater*, acompañada del desconocimiento sobre su paradero y su supervivencia. Siguiendo en este punto a Lain Casado, puede decirse que Paulo ofrece una definición de ausencia caracterizada por la incertidumbre que le es inherente.²⁹¹

b) Efectos de la ausencia de uno de los cónyuges respecto del matrimonio

En el *Corpus Iuris Civilis* se presenta el caso del esposo o esposa cuyo cónyuge haya caído en manos del enemigo, habiendo certeza o no de su muerte. En cualquiera de las dos circunstancias se consideraba disuelto el matrimonio,²⁹² puesto que cualquiera de los dos afectados podía volver a contraer matrimonio sin riesgos: “Más si fuera incierto si vive o no la persona que cayó en poder de los enemigos, en este caso se ha de esperar un quinquenio, ya por el marido, ya por la mujer, después del cual, ora se haya adquirido la evidencia de muerte, ora éste permanezca incierta, será lícito volverse a casar sin riesgos”.²⁹³

El hecho de ser prisionero de guerra durante el tiempo que duraba el cautiverio afectaba a la familia y, dentro de ella, al matrimonio.²⁹⁴ En relación de lo cual cabe recordar que el matrimonio romano clásico fue concebido

²⁹⁰ D. 23. 2. 10.

²⁹¹ LAIN CASADO, *op. cit.*, p. 178.

²⁹² LOUZAN DE SOLIMANO, *op. cit.*, p. 133.

²⁹³ Novelas XXII, Cap. VII.

²⁹⁴ LOPEZ GUETO, A. (2019). “La herencia de la cautiva”. En *Vergentis*, 9, p. 124. La autora sostiene que desde el derecho antiguo la prisión de guerra fue considerada una causa de disolución del matrimonio, y afirma que la solución era tajante por más que la esposa permaneciera en el domicilio conyugal, permitiéndosele contraer nuevas nupcias.

como la unión de marido y mujer. Ahora bien, la no presencia de uno de los cónyuges o de ambos con motivo del cautiverio traía como consecuencia la disolución del mismo ante la pérdida del *status civitatis* (condición de ciudadano) por parte del prisionero.²⁹⁵

El matrimonio se diferenciaba, por cierto, del resto de las relaciones del prisionero de guerra —que se recobraban mediante el ejercicio del postliminio—, ya que en el caso de aquel se requería como condición necesaria la manifestación inicial de la voluntad o intención de las partes para la constitución de la relación marital, del mantenimiento de la *affectio maritalis* a través del tiempo.

c) La Lex Cornelia de Captivis

En virtud de la *Lex Cornelia de Captivis* del año 81 a. C., se consideraba que el ciudadano romano muerto en poder de los enemigos había fallecido justo antes de sufrir la *capitis deminutio máxima* (disminución de la capacidad) que implicaba el cautiverio.

De esta manera, en el caso de haberse dictado testamento se permitía —a través de una ficción legal dispuesta por la ley citada— la validez del mismo pese a la pérdida del *ius testamenti factio* (derecho de testar y de ser instituido heredero), acaecida como consecuencia de la caída en poder de los enemigos. Por lo expuesto, el propósito de la *Lex Cornelia* era proteger la validez del testamento de aquel que había fallecido siendo esclavo.

d) El cautivo de guerra y el ius postliminium

El derecho romano, como muchos otros de la Antigüedad,²⁹⁶ previó desde

²⁹⁵ LAIN CASADO, *op. cit.*, p. 193.

²⁹⁶ HERNÁNDEZ-TEJERO, M. (1989). "Aproximación histórica al origen del *ius postliminii*". En *Gerión*, n° 7, p. 58. Por su parte, Francisco Cuenca Boy, siguiendo el juicio de Perrián Gómez, enseña que el origen del postliminio se fundaría en una costumbre internacional que pudo

la etapa arcaica la posibilidad del regreso del prisionero de guerra durante la contienda, con la recuperación de su *status* personal y patrimonial. En efecto, el *ius postliminii*²⁹⁷ permitía al romano cautivo recuperar la libertad y la ciudadanía por la sola circunstancia de volver a la ciudad.

El caso del cautivo de guerra fue un supuesto muy frecuente de ausencia, el cual recibió un tratamiento especial a través del *postliminium*. En el D. 49. 15. 19 proemio se lee:

Postliminio es el derecho por las costumbres y las leyes establecido entre nosotros y pueblos y reyes libres para recobrar de un extraño una cosa perdida, y restituirla a su estado primitivo. Porque lo que perdimos en la guerra, o aún sin guerra, si lo recobramos de nuevo, se dice que lo recobramos por el postliminio. Y esto se introdujo por equidad natural, para el que injustamente era detenido por extraños, recobrase su primitivo derecho luego que hubiese vuelto a sus propios confines.

El fragmento citado demuestra que el postliminio no era originario de Roma. Según Bartosek, habría empezado a desarrollarse en época antigua, cuando Roma tenía ya un cierto poder y prosperidad, y se quería asegurar a los ciudadanos una situación ventajosa. Sin llegar a ser la restitución de un estado anterior perdido, se buscaba eliminar los efectos negativos de un estado de hecho: la cautividad.²⁹⁸

preceder a la "costumbre" fuente del *ius civile*, encontrando indicio de ello en D. 49. 15. 19. pr., al interpretar que el *ius postliminii* nace de pactos internacionales entre Roma y otros pueblos y reyes. Ver en CUENA BOY, F. (2008). "Ausencia y *postliminium*". En *Rivista di Diritto Romano*, 8, p. 1 ss. Disponible en: <https://bit.ly/3mgYs4r>.

²⁹⁷ Para López Gueto, "no puede obviarse que el *ius postliminii* era una institución muy antigua, procedente de los mores, pero sus límites necesariamente mutaron cuando Roma alcanzó un cierto poder y prosperidad. El concepto clásico ya incluiría necesaria y expresamente a los prisioneros de guerra, otorgando al vencedor un poder absoluto sobre las personas derrotadas y sus cosas." En LÓPEZ GUETO, A. *op. cit.*, p. 121. La misma autora recuerda que curiosamente el ciudadano hecho prisionero, al regresar a Roma entraba en su casa por la ventana y no por la puerta, para dar a entender que jamás había dejado su morada.

²⁹⁸ Citado en M. HERNÁNDEZ-TEJERO, *op. cit.*, p. 56.

Hay vestigios de su presencia en Roma desde los siglos III y II a. C. No obstante, sufrió una notable evolución en cuanto a sus efectos y a su aplicación. En este sentido, cabe preguntarse: ¿qué derechos se recobraban por el *ius postliminium*?

Tras su regreso, el ex cautivo de guerra obtenía nuevamente la titularidad de derechos como: el derecho de votar en las asambleas populares; el derecho a presentar candidatura y ocupar distintos cargos públicos; el derecho a ejercitar las correspondientes acciones civiles y criminales ante los tribunales de justicia; el derecho a formar parte del ejército de Roma; y derecho a constar en el censo, con los efectos que ello aparejaba en los ámbitos familiar, político, militar y tributario.

Los requisitos para que se configurara el *postliminium* eran los siguientes: a) Que el ciudadano romano hubiera sido tomado como prisionero de guerra por parte de enemigos militares. No surtía dichos efectos si el ciudadano era hecho prisionero de una guerra civil; b) El prisionero de guerra debía retornar a Roma o a otro territorio que mantuviera relaciones de amistad con ésta.

A continuación, se citan algunos fragmentos extraídos del Digesto vinculados a este caso. Sobre la consideración del cautivo como ausente:

Si el hijo del que está en poder de los enemigos, o ausente, tomó mujer antes de los tres años de la cautividad o de la ausencia del padre, o si la hija de este se casare, opino que legítimamente se contrae el matrimonio, o las nupcias, con tal que el hijo tome aquella mujer, o la hija se case con tal individuo, cuya condición sea cierto que el padre no la haya de rechazar.²⁹⁹

Aquel, cuyo padre fue cogido por los enemigos, puede tomar mujer, si no volviera dentro de tres años.³⁰⁰

En relación a los bienes que se recuperaban con el *postliminium*, puede leerse también en el *Digesto*:

²⁹⁹ D. 23. 2. 11.

³⁰⁰ D. 23. 2. 9. 11.

Hay el postliminio para las naves grandes y de carga por razón de su uso para la guerra, no para los pescadores, o para las ligeras que algunos hicieron para el recreo.³⁰¹

También el caballo, o la yegua que admite freno, son recobrados por el postliminio, porque pudieron escaparse sin culpa del caballero.³⁰²

En concordancia con lo expresado precedentemente, coincidimos con Hernández-Tejero que al postliminio del *servus* (esclavo) debe haber precedido la aplicación del postliminio a los caballos, mulos y naves.³⁰³

Los fragmentos citados *ut supra* son una clara demostración de que el cautivo era considerado ausente, aun cuando no existiera una teoría desarrollada en torno a la figura de “la ausencia con presunción de fallecimiento” dentro del derecho romano, como ya ha sido expresado al inicio de este apartado.

III. Conclusión

La “ausencia con presunción de fallecimiento” es una institución que figuraba tanto en el antiguo Código velezano como en actual CCCN, donde se regulan diferentes supuestos de ausencia, así como también el procedimiento judicial que se ha de seguir para poner en resguardo los bienes y derechos del ausente. También allí se consideran los efectos que la ausencia declarada por sentencia judicial tiene sobre el matrimonio.

En el derecho romano no es posible hallar un cuerpo teórico unificado sobre dicho instituto, aunque de la lectura del *Corpus Iuris Civilis* se desprenden diversas soluciones dadas por los juristas ante la ausencia del *pater familias* y los efectos que dicha ausencia conllevaba (caso a), la situación

³⁰¹ D. 49. 15. 2 pr.

³⁰² D. 49. 15. 2. 1.

³⁰³ HERNÁNDEZ-TEJERO, *op. cit.*, p. 57.

del cónyuge en relación a un nuevo matrimonio cuando su esposa o esposo había quedado en manos del enemigo (caso b), la validez del testamento de aquel que había fallecido siendo esclavo (caso c) y el caso del cautivo de guerra que vuelve a la ciudad tras recuperar su libertad (caso d).

El análisis de esos supuestos ha permitido probar que el tema de la ausencia ya constituía una preocupación para los juristas en la Antigüedad debido a los efectos que aquella suscitaba en la familia y en los bienes que dependían del *pater familias* o del ciudadano libre en manos de sus enemigos.

El hecho de que no haya existido, o al menos no haya constancia de un cuerpo doctrinal homogéneo o unificado sobre tal instituto en el derecho romano, constituye un aliciente para seguir indagando los supuestos en que el mismo aparecía legislado, y así reconstruir la *mens legislatoris antiqui* (la mente del legislador antiguo) en relación a la materia. Solo de esta manera será posible en sucesivos estudios de profundización establecer continuidades o divergencias no solo con respecto de la legislación local, sino también con los doctrinarios que a partir de la Edad Media fijaron posición sobre la cuestión.

Aproximación a las pestes en Roma antigua. Una mirada sobre su impacto

Por Edgardo García Chiple, Marisa T. Domínguez, Juan. B. Fernández y Laura Salomón (autores); Eduardo Villafañe Molina, Lorena Sánchez, Carla Pedrón, Julieta Dalin y Rodrigo López (adscriptos)³⁰⁴

I. Introducción

Inmersos en un mundo paralizado ante una pandemia que está azotando la humanidad, integrantes de la cátedra “C” de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, bajo la dirección del Dr. E. García Chiple, nos hemos abocado a la investigación de algunas de las pestes que se sucedieron en la vida de la Roma antigua, desde el siglo II al VI de nuestra era. Durante esta época histórica, el mundo antiguo y Roma en particular se vieron atravesados por enfermedades, que por haberse expandido rápidamente y hacia varios lugares, podemos concluir que tuvieron carácter epidémico o pandémico.

³⁰⁴ Integrantes de la investigación realizada en la cátedra “C” de Derecho Romano de la Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Córdoba) en 2020, dirigida por el Prof. Titular Dr. E. García Chiple.

En un análisis exploratorio y descriptivo abordamos fundamentalmente el carácter de las medidas tomadas por quienes circunstancialmente ejercían la facultad decisoria debido a los lamentables efectos y cambios inmediatos y mediatos que se verificaron en la sociedad en su conjunto, en todos los aspectos: políticos, económicos, sanitarios, ambientales y sociales.

Como podemos atestiguar los que vivimos en tiempos de COVID-19, esta pandemia traerá consecuencias en todos los ámbitos, ya sea políticos, económicos, sociales, demográficos, etc. Y como hemos investigado, las mortíferas epidemias de tan lejanos tiempos, hoy ante la realidad que nos inunda, no pueden ser soslayadas.

Nos hemos propuesto aproximarnos a una comprensión de este acontecimiento, para encontrar algunas respuestas jurídicas que el Imperio tuvo que dar ante estos graves problemas surgidos. Para ello, nos hemos detenido en la época mencionada y referida a tres de las pestes que azotaron Roma y sus dominios: peste antonina, peste cipriana y la plaga justiniana.

II. Peste antonina

Las enfermedades epidémicas afectaron en mayor o menor medida a todos los pueblos de la Antigüedad, pero lo trascendente de la peste antonina estriba en la expansión que tuvo en casi todo el mundo romano y su perdurabilidad en el tiempo. Estas circunstancias provocaron en la sociedad una alteración sustancial en los ámbitos político, religioso, demográfico, económico, y particularmente en el conjunto de la población, afectando tanto a ciudadanos como a no ciudadanos, a ricos y pobres sin distinción.³⁰⁵

La peste antonina fue la primera pandemia de la historia occidental, por la extensión territorial que afectó y porque tuvo efectos sociales, religiosos, económicos, ambientales, políticos y militares muy relevantes.

³⁰⁵ GONZABLES CRAVIOTO, E. y GARCÍA GARCÍA, I. (2013). "Una aproximación a las pestes y epidemias en la antigüedad". En *Espacio, Tiempo y Forma, Serie III, Historia Antigua*. T. 26, p. 63-82, UNED.

Se intentaron diversas soluciones, desde medidas de carácter religioso, con el fin de aplacar a los dioses y a las fuerzas sobrenaturales, por entender la pandemia como un castigo de origen divino, similar a la peste de los filisteos;³⁰⁶ desde el conocimiento “científico”, mediante la actuación de profesionales en el arte de la medicina;³⁰⁷ y finalmente, desde el poder público, a través de medidas tendientes a evitar una ruptura en la paz de la población.³⁰⁸

En el siglo II, d. C., Roma era la dueña y señora de casi todo el mundo civilizado. Los límites geográficos del Imperio eran vastísimos: al norte Britania, el Rin y el Danubio; el norte de la Mesopotamia en el oriente; y al occidente y sur, África del norte, la cuarta catarata del Nilo en Egipto y el desierto del Sahara.

Todo esto formaba parte del Imperio, y los ciudadanos iban y venían dentro de sus límites, comerciaban y transportaban sus mercancías por las vías terrestres y acuíferas. Tenían como lengua oficial el latín o el griego, se enriquecían y vivían en paz como miembros de una patria común.³⁰⁹

Esta peste se extendió rápidamente, producto del movimiento de las tropas militares, aunque en aquellas épocas se desconocía el contagio de persona a persona.

Cuando Marco Aurelio y Lucio Vero asumieron el cargo imperial en el año 161 d. C, dominaban a más de una cuarta parte de la humanidad.³¹⁰ Sin embargo, la pandemia afectó notablemente este crecimiento poblacional,

³⁰⁶ Los filisteos se apoderaron del Arca de la Alianza del pueblo hebrero, cuando abrieron el arca, los efluvios que de ella salieron fue en castigo a la violación de una cosa sagrada.

³⁰⁷ Galeno fue un testigo directo de esta pandemia y sus escritos son el mejor testimonio de lo acontecido.

³⁰⁸ La construcción de templos y la realización de banquetes y ofrendas en honor a los dioses.

³⁰⁹ El “*Orbis romanus*”, producto de la romanización del mundo civilizado, según SAENZ (2016), nos trae: según HARPER, K. (2019): “...un imperio interconectado y urbanizado en los límites de los trópicos y con tentáculos que se extendían por todo el mundo conocido (...). Fraguaron un imperio que conectaba regiones muy distintas del planeta (...). Conquistó zonas que iban desde las latitudes medias –altas hasta la periferia de los trópicos”

³¹⁰ HARPER, K. *op. cit.*, p. 47.

ya que fue la causa del deceso de uno punto cinco a veinticinco millones de personas, mayormente bebés y niños pequeños.³¹¹

De acuerdo a la biografía de Marco Aurelio,³¹² se tenían que sacar los cadáveres en vehículos y carretas. Ante esto, el emperador sancionó varias leyes sobre enterramiento y sepulcros, prohibiendo que los particulares construyeran tumbas en sus villas.

La peste antonina no conoció de clases sociales ni de riquezas. Ante esto, Marco Aurelio mandó levantar estatuas de los ciudadanos ilustres que morían y asumió el costo de los entierros de los pobres por medio del tesoro. Todo esto se acompañó de una resurgida vocación religiosa,³¹³ acuñándose nuevas monedas, en donde la típica silueta del emperador era reemplazada por símbolos sagrados, imágenes del dios Apolo y frases de solemne ritualidad religiosa.³¹⁴

Al mismo tiempo tomó medidas en torno a la sanidad pública y la actuación de los médicos, destacándose el célebre Galeno.³¹⁵

³¹¹ Es por esto que esta pandemia es considerada la séptima más letal de la historia. Afectó a todas las clases sociales romanas: Lucio Vero murió poco después de llegar a Roma, y más tarde, en el año 180 d. C., se cree que hubo un rebrote de la enfermedad en la actual Viena que se llevó, como dijimos antes, al propio Marco Aurelio. Fuente: <https://www.museudebadalona.cat/es/la-primera-pandemia-de-la-historia-la-plaga-antonina/>.

³¹² SHA, *Vita Marcus Aurelius*, XIII, 3-6, citado por GONZABLES CRAVIOTO y GARCÍA GARCÍA, I. (2007), *op. cit.*, nota 23.

³¹³ También realizó la ceremonia religiosa de *lectisternium*, que se cree de origen griego y que los romanos practicaban desde tiempos de la República ante calamidades y pestes para que ellas cesaran.

³¹⁴ IDOATE, V. (2002). "Epidemias de peste y monedas en el alto Imperio romano." En *Gaceta Numismática*, 147, p. 22-23.

³¹⁵ GALENO. *Método Médico*, XII. Fue quien describió los síntomas de la peste: erupción de color negro o violáceo oscuro que después de un par de días se secaban y desprendían del cuerpo, pústulas ulcerosas en todo el cuerpo, diarrea, fiebre y sensación de calentamiento interno, en algunos casos pérdida de la voz y tos con sangre; en el día doceavo de la enfermedad se presentaba con gran virulencia y se producía la mayor tasa de mortalidad. Sugirió además como medida importante sanitaria el lavado de manos y la higiene personal.

La peste antonina, que se inició en el año 165 d. C. y tuvo rebrotes hasta el año 192 de la misma era, provocó la muerte de miles de ciudadanos, muchos niños y bebés, y se cobró la vida del emperador Marco Aurelio.

En cuanto a los efectos económicos cabe señalar que la alta mortalidad causada por la peste hizo tambalear el sistema, pero sin causar su desmoronamiento. Gran parte de la actividad económica se paralizó y la crisis fiscal planteó grandes desafíos al Imperio. En el año 168 d. C., el emperador subastó los tesoros de palacio para recaudar fondos. Los ritmos agrícolas básicos se vieron alterados. Galeno hablaba de “una hambruna continua, y no por pocos años, en muchas naciones súbditas de Roma”.³¹⁶ La economía romana comenzaría una clara decadencia que fue profundizándose día a día.

Con leyes que fomentaban la permanencia de extranjeros destinados al trabajo rural, se dio una reactivación productiva que revitalizó la economía romana, la cual hubiese perecido sin esta normativa que demostró, una vez más, la sabiduría de una ciudad, de un imperio y de un pueblo, que supo que la única manera de combatir las calamidades es uniendo las voluntades y trabajando en conjunto.

Sin hombres ni esclavos para labrar y trabajar la tierra, la producción de alimentos y el comercio de productos locales se vio disminuido, sumado al temor al comercio por verlo como un posible foco de transmisión de la peste. Ante ello, la ciudad eterna, el imperio caracterizado por su rudeza y ferocidad, debió dejar aflorar una faceta más política y diplomática, para lograr los acuerdos de paz con pueblos y ciudades enemigas, que le permitieron reabastecerse de mano de obra, al permitir el ingreso de extranjeros que vinieran a trabajar las tierras.

Con respecto a los cambios políticos, la pandemia hizo que se acelerara la provincialización del Imperio. En el reino de Marco Aurelio, las exigencias de la guerra y la plaga y la actitud tolerante de ese filosófico emperador abrieron la puerta a los provincianos de las elites civiles. Más allá de las fronteras se produjeron cambios aún mayores. La proximidad con el Imperio alimentó la formación de estados secundarios en los territorios bárbaros, y

³¹⁶ GALENO, *op. cit.*

el auge de enemigos más formidables en la frontera del Danubio supuso un profundo cambio geopolítico.

A nivel militar, la reducción del ejército fue tal que Roma debió firmar la paz con varios de sus enemigos y reclutar en el ejército a esclavos, mercenarios y hasta delincuentes,³¹⁷ medidas que iban a ser profundamente negativas en el futuro de las armas romanas.

Se puede concluir que la peste antonina fue un punto de inflexión que vino a alterar la *pax* y la estabilidad lograda. Supuso la destrucción de un siglo y medio de sólido crecimiento en un corto tiempo, sin embargo, no destruyó la lógica interna del régimen demográfico romano.³¹⁸

III. Peste cipriana

La peste cipriana es el nombre que se le da a otra de las epidemias que afligió al Imperio romano desde alrededor del año 249 hasta el 269 d. C. Aportaremos algunas cuestiones relativas a las causas, soluciones encontradas, sus efectos o consecuencias en lo social, político, económico, sanitario, entre otros.

La época en estudio, inmersa en el siglo III de la era cristiana, ha sido considerada como una etapa de devastaciones de todo tipo, guerras, sublevaciones,³¹⁹ persecuciones, donde se enfrentaron paganos y cristianos, sumando a esto las pestes que cíclicamente van diezmando a las poblaciones.

Entre las devastaciones mencionadas encontramos: una concatenación de

³¹⁷ Instauró un sistema de reclutamiento forzoso, en donde incorporó esclavos bajo el nombre de voluntarios y gladiadores bajo el nombre de complacientes. Tal fue la necesidad de hombres, que el sistema abarcó también la incorporación de forajidos, mercenarios y hasta delincuentes.

³¹⁸ La población volvió a crecer en las generaciones posteriores a la pandemia, pero nunca alcanzó su pico anterior. Según Harper, la peste antonina no sumió al Imperio en una caída en picada de la que ya no pudo salir.

³¹⁹ CHAPOT, V. (1928). *El mundo romano*. Serie "La evolución de la Humanidad". Barcelona: Cervantes.

sequías, pestilencias, extrema pobreza de una gran parte de la sociedad, la presión de los tributos y servicios, el servilismo, la esclavitud y la inseguridad. Asimismo, los cambios políticos que los autores consultados coinciden en considerarlos como el comienzo de una repentina desintegración y un gran cambio del Imperio romano de ese siglo. Se denomina a esta etapa como la primera caída del Imperio, que llevará a la necesidad de reconstruirlo, a fines del siglo y principios del siglo IV, con un tipo de gobierno, de emperador, de economía, de administración y de otra fe religiosa.

Fue llamada así por estar muy referida su afección en el norte de África, donde Cecilio Cipriano Tascio era el obispo de Cartago y su actuación fue muy destacada y recordada. Tuvo su origen en Etiopía, se extendió por Egipto y por todo el norte de África hasta alcanzar Roma, devastando el Imperio.

La epidemia o peste que nos ocupa comenzó bajo el gobierno del emperador Filipo I y se desarrolló fundamentalmente durante el cargo del emperador Quintus Herennius Etruscus Messius Decius o simplemente Trajano Decio, nombrado César en 250 d. C., y Augusto como coemperador en el 251 d. C.³²⁰ Continuó fuertemente durante el gobierno del emperador Treboniano Galo. La epidemia se propagó también por todo el Imperio durante el año 252 d. C. y comenzó a remitir en el 253 d. C., para rebrotar a nivel local y regional durante más de dos décadas, hasta los años 260 y 270 d. C., gobiernos de Valerio y Galieno.

El comienzo de la época de investigación que hemos abordado encuentra a Roma, a partir del año 248 d. C., con situaciones políticas y sociales diferentes y con un gran deterioro interno. Entre ellas, los continuos

³²⁰ En un momento no precisado (quizá antes de 249), Decio pudo ser el prefecto de la ciudad de Roma (*praefectus Urbis*). Probablemente a continuación fue enviado al Danubio por Filipo I el Árabe (244-249) para ponerse al mando de las provincias de Panonia y Moesia en la lucha contra los Godos. En junio del mismo año 249, fue elegido emperador por los soldados en Panonia, una elección en la que se habría tenido en cuenta su experiencia militar. A comienzos del otoño, se enfrentó a Filipo I, muriendo éste y su hijo. Decio se dirigió entonces a Roma, en donde recibió el reconocimiento del Senado y se convirtió en el emperador, con el nombre de Trajano. Luego cogobernó con Herenio Etrusco hasta que ambos murieron en la batalla de Abrito.

conflictos internos que recorrían toda la estructura política y militar, como la corrupción de los gobernantes y los militares que regresaban de las guerras en el Danubio, queriendo hacerse del control político, que hasta poco antes ostentaba la aristocracia senatorial. En esta época y los años siguientes, los emperadores se sucederían de forma continuada y a través de la usurpación del poder.³²¹ Es la etapa de la dinastía de los Severos, donde ubicamos a la anarquía militar (238-285 d. C.)³²² que llevó a Roma hacia un fuerte proceso de crisis. Respecto de la economía también se afectaría, empobreciendo a la población.

La epidemia relatada no solo fue un problema de salud pública para la sociedad y de terror para las familias dentro del Imperio. Incluso los sistemas de valores de las religiones que se profesaban como el paganismo y el cristianismo llegaron a enfrentarse directamente y a cambiar la sociedad y sus creencias.³²³

En el comienzo de la peste, el emperador Trajano Decio y los paganos del Imperio, culpando a los cristianos como de tantas otras calamidades, dieron comienzo a una gran persecución al dictar un edicto³²⁴ en el año

³²¹ GONZÁLEZ, D. (2020). “Los coronavirus de la antigua Roma”. En *La Vanguardia*. Recuperado de: <https://www.lavanguardia.com/historiayvida/historia-antigua/20200409/48374962963/antigua-roma-imperio-bizantino-plagas-pestes-epidemia.html> (Consultado el 15 de abril de 2020).

³²² Durante el período de 50 años desde 235 a 284 d. C. hubo aproximadamente 35 emperadores, de los cuales solo uno murió de muerte natural.

³²³ PIERROTTI, N. (2008). “El Paso De La Antigüedad A La Edad Media. ¿Ruptura O Continuidad? Un Análisis Historiográfico”. En *Clio*, 34 (Consultado el 9 de abril de 2020), nos dice: “Se habían adoptado nuevas formas de culto provenientes de Germania, Oriente y Egipto, como la veneración a Isis y Osiris, el judaísmo, el gnosticismo, el mitraísmo y el maniqueísmo antes que el cristianismo, se expandieron por todas partes”.

³²⁴ GARGANTILLA, P. (2018). “La peste de Cipriano, la extraña epidemia que causó la caída de Alejandría”. En *ABC*. Recuperado de: https://www.abc.es/ciencia/abci-pestes-cipriano-extrana-epidemia-causo-caida-alejandria-201808171605_noticia.html (Consultado 11 de mayo de 2020). Edicto: “Se requiere a todos los habitantes del imperio para que hagan sacrificios ante los magistrados de su comunidad «por la seguridad del imperio» en un día determinado (la fecha variaría en cada lugar y la orden pudo haber sido que el sacrificio tenía que estar

250 d. C. que obligaba a que cada individuo del Imperio realizara un rito de ofrenda a los dioses tradicionales ante los magistrados.

Asimismo, fueron enviados a la muerte muchos religiosos, entre ellos obispos, muchas personas fueron castigadas y torturadas hasta que abjuraran. A pocos días del edicto mencionado, fue martirizado el papa Fabián, y casi al mismo tiempo Cipriano y Dionisio de Alejandría tuvieron que huir y esconderse en un lugar seguro, posteriormente serían desterrados. En el caso de Cipriano,³²⁵ fue sentenciado y convertido en mártir de la Iglesia. Fue el primer obispo de Cartago en obtener la corona del martirio.

En Roma y en ciertas ciudades de Grecia llegaron a morir cerca de 5000 personas por día.³²⁶ Por los relatos de uno de los obispos desterrados, Dionisio de Alejandría, sabemos que la ciudad egipcia perdió 310.000 habitantes de 500.000. Aunque tiene similitudes en su sintomatología con la gripe española de 1918, es probable que fuera algún tipo de ébola, de fiebre hemorrágica viral, por los síntomas y consecuencias descriptas, aunque al día de hoy aún es un enigma por resolver.

Otra de las causas importantes entre las mencionadas, que transportarían las pestes y que se las responsabiliza por esto y por la decadencia romana, fue el empleo de las rutas de la seda desde Asia.

En relación a la forma en que procedía la población frente a esta terrible epidemia, se relata que la mayoría de las medidas que se tomaron fueron decididas por los cristianos, a través de su diácono Poncio,³²⁷ guiados por la maravillosa energía del obispo Cipriano, que suspendió sus estipendios

consumado dentro de un específico período después de que la comunidad recibiera el edicto). Cuando hagan el sacrificio podrán obtener un certificado (*libellus*) documentando el hecho de que han cumplido la orden'.

³²⁵ Fue el primer obispo de Cartago en obtener la corona del martirio y el primer mártir aquí desde los tiempos de los Apóstoles.

³²⁶ FUENTES HINOJO, P. (1992). "Las grandes epidemias en la temprana Edad Media." En *La España Medieval*, nº 15, 9-29, Editorial Complutense, Madrid.

³²⁷ Fundación San Vicente Ferrer (2012). "Vida y Martirio De San Cipriano, Obispo y Mártir De Cartago, Por Su Diácono Poncio." Recuperado de: <http://fundacionsanvicenteferrer.blogspot.com/2012/01/vida-y-martirio-de-san-cipriano-obispo.html> (Consultado el 20 de junio de 2020).

para que ejercieran sus ministerios con menos peligro. Se animó a los confesores y a los voluntarios a reunir un equipo de trabajadores y un gran fondo de dinero para la atención de los enfermos y la sepultura de los muertos. En Alejandría apareció un grupo de jóvenes cristianos. Al inicio, unas decenas de hombres que se ofrecieron para hacer el trabajo de camilleros arriesgando sus vidas al exponerse a una enfermedad contagiosa con elevada mortalidad. Eran los llamados *parabolanos*. Estos jóvenes se encargaban de asistir y lavar a los enfermos, reconfortar a los moribundos, cerrar los ojos y enterrar a los fallecidos. Su osadía rayaba la locura. De allí su calificación como los parabolanos, es decir, los *temerarios*.

En Roma la medicina no estaba muy desarrollada y se sentía impotente ante estas adversidades. Había pocos médicos, no suficientes para estas situaciones extremas. Además, los que arribaban lo hacían para atender a funcionarios y gobernantes y no al pueblo.

Una de las recomendaciones fue la famosa huida a lugares apartados, alejados de la ciudad. Se conocía con la expresión en latín: *Cito, Longe, Tarde*.³²⁸ Otra de las medidas básicas fue el aislamiento de los enfermos, principalmente en sus hogares. Ya Galeno³²⁹ propuso este tipo de prevención, como así también el lavado de manos³³⁰ y la higiene personal.

Respecto de la economía, la fase aguda de la plaga de Cipriano duró dieciséis años, durante los cuales la gente vivió presa del pánico y millones de campesinos abandonaron el campo para refugiarse en ciudades superpobladas, ocasionando nuevos focos de infección y dejando que se echaran a perder grandes áreas de tierra cultivada. Una de las consecuencias, la más grave, fue la reducción de la mano de obra para la cosecha y crianza de animales.

³²⁸ Los griegos Hipócrates y Galeno, reconocidos por sus sabios e innovadores consejos sobre asuntos médicos, ofrecían una orientación similar, queriendo decir: “vete rápido, vete lejos y tarda en regresar.” En latín: “*Cito, Longe, Tarde*” (rápido, lejos y despacio).

³²⁹ Los conocimientos que impartió Galeno serían aplicados posteriormente ante las grandes epidemias de la historia por muchos siglos.

³³⁰ No se trataba solo de lavarse las manos normalmente por higiene, sino que era un ritual ceremonioso. Los fariseos y todos los judíos no comen a menos que se laven las manos hasta el codo.

Esto trajo aparejado el robo y los saqueos a causa del hambre que atravesaba la sociedad. Muchos pensaron que la raza humana no sobreviviría.³³¹

Estamos convencidos que también la intrusión humana en nuevos entornos, como lo hacían los romanos, fue un juego peligroso. El comercio, la navegación, la expansión con las guerras, la modificación del paisaje, el talar y quemar bosques, mover ríos, construir carreteras, los expuso a desastres inimaginables. Entre ellos las enfermedades infecciosas, esto es, parásitos desconocidos. Todo esto fue desencadenando importantes cambios ecológicos con consecuencias impredecibles.

El período de la peste cipriana fue casi el fin del Imperio romano o puso al menos en alerta acerca de ello. Entre los años 248 y 268 d. C., nos dice Harper.³³²

La historia de Roma es un confuso lío de violentos fracasos. La integridad estructural de la máquina imperial se disgregó. El sistema de fronteras se hundió. La caída de la legitimidad invitó al trono a un usurpador tras otro. El imperio se fragmentó y sólo el éxito dramático de emperadores posteriores volviendo a juntar las piezas evitó que este momento fuera el acto final de la historia imperial romana. La ciudad antigua era un hogar insalubre.

En el Imperio romano, el ataque a la naturaleza, el actuar de los hombres, de los gobernantes, las ansias de poder de estos, las guerras por la expansión, la defensa de fronteras, las luchas religiosas, fueron nefastas.

³³¹ BIDDISS, M. y CARTWRIGHT, F. (2005). *Grandes pestes de la historia*. Buenos Aires: El Ateneo. Recuperado de: http://sabato.unicen.edu.ar/sabato/sites/default/files/archivos/o3-grandes_pestes_cap_1_2005.PDF. (Consultado el 22 de junio de 2020).

³³² HARPER, K. (2019). *El fatal destino de Roma. Cambio climático y enfermedad en el fin de un imperio*. Traducción por Efrén del Valle. Barcelona: Planeta.

³³³ ALONSO VENERO, A. (2012). *La explicación religiosa de las catástrofes naturales: un motivo de la polémica entre cristianos y paganos en la antigüedad (S. II-IV)*. En *Arys*, nº 10, Universidad de Cantabria.

³³⁴ ROBERT, B. (1897). *La peste bubónica*. Barcelona: Ed. Hispanoamericano, p. 10 y sgtes.

IV. Plaga de Justiniano

La peste sobre la cual nos hemos detenido en este apartado es la “peste bubónica”, cuya denominación se debe a que su característica visible era la aparición de bubones luego de un cuadro pirético.³³⁴ Cronológicamente, la podemos situar en el Medioevo en Europa, más precisamente durante los años 541 hasta el 543 de nuestra era, amén de que varios autores relatan nuevos episodios en épocas posteriores.³³⁵ Lejos de ser la única y la más importante en términos de su extensión pandémica,³³⁶ nos interesa aproximarnos a una comprensión de este acontecimiento en tanto nos permite encontrar algunas respuestas jurídicas que, como primeras reacciones, tuvo el estado ante problemas sanitarios, económicos y sociales de estas características.

Para ello, fue necesario abordar algunos aspectos médicos, demográficos, religiosos y políticos a los fines de ofrecer una contextualización lo más acabada posible que colabore en la comprensión de los efectos jurídicos y las decisiones estatales que se fueron tomando ante este acontecimiento.

Por otro lado, a partir de la revisión bibliográfica realizada advertimos, en algunos casos, la insuficiencia de fuentes respaldatorias del fenómeno abordado. Asimismo, tal como se podrá observar en el desarrollo de este trabajo, coexisten diferentes miradas sobre estos hechos. No siempre hay univocidad en las fuentes, relatos e interpretaciones, llegando incluso, en

³³⁴ ROBERT, B. (1897). *La peste bubónica*. Barcelona: Ed. Hispanoamericano, p. 10 y sgtes.

³³⁵ AGATÍAS (2000). *Historias*. Madrid: Gredos. “También durante aquel año, al principio de la primavera, la peste volvió a caer sobre la ciudad y murieron miles de personas. En cierto modo, nunca había desaparecido por completo, desde sus inicios, esto es, en el décimo quinto año del reinado de Justiniano, cuando penetró en nuestra tierra. Más bien se había desplazado muchas veces de aquí para allá, atacando un lugar después de otro y dando así cierto respiro en las zonas de las que se retiraba. Pero entonces cayó sobre Bizancio otra vez, como si al haberse ido la primera más rápido de lo debido se hubiera sentido engañada.”

³³⁶ POUNDS, N. (1981). *Historia económica*. Barcelona: Crítica, p. 161: “...acaso no fue tan virulenta como la irrupción más conocida del siglo XIV, pero, sin embargo, produjo una fuerte caída demográfica.”

algunos casos, a negar la existencia o la magnitud de esta peste, hecho que, por otra parte, podemos señalar como propio del campo de las ciencias sociales y humanidades. A pesar de los pocos datos existentes, partimos de algunas fuentes que nos permitieron vislumbrar indicios de lo que fue este hecho histórico y sus consecuencias en la sociedad. Entre ellas, *Historia de las Guerras*, de Procopio de Cesarea,³³⁷ que nos da cuenta de la existencia de dicha epidemia durante ese período histórico,³³⁸ sin caer en el error metodológico del presentismo.³³⁹ También de los relatos del historiador Agatías en su *Historias*, sucesor de la pluma de Procopio y al mismo tiempo, de otro tipo de fuentes y bibliografía actual que analiza dicho período.

En palabras de Procopio, no afectó a ciertos tipos de hombre, grupo o clase, sino que arrasó sin ninguna distinción. Tanto es así que se llevó, entre otros, la vida de Triboniano y, como señalaremos más adelante, casi la vida del emperador. Este pavoroso episodio pandémico provocaba un aumento exponencial de muertes. Ricos y pobres, esclavos separados de sus amos, poderosos que quedaron sin criados, quienes primero asistirían al entierro de sus muertos, luego serían arrojados. Se observa con este relato la imagen de una sociedad que había caído por esos tiempos y que se encontró sumergida en una suerte de caos donde los límites acostumbrados iniciaron su pronta desaparición. En consecuencia, el orden ya no existiría, la confusión pasaría a ser la postal de la época; el resultado, una sociedad diezmada.

³³⁷ OSTROGORSKY, G. (1984). *Historia del estado bizantino*. Madrid: Akal, p. 39 y sgtes. Refiere que, si bien los escritos de Procopio no observan siempre la objetividad, la calidad literaria de sus escritos es muy alta y de un valor inestimable. Procopio nos dejará un linaje de historiadores. Así, le sucedieron Agatías, Menandro, Teofilacto, quienes siguieron un modelo griego de escritura de la historia.

³³⁸ ROBERT, *op. cit.*, p. 3: "...Así nadie puede dudar de su carácter genuino en la época de Justiniano, y viniendo ya más hacia nosotros, todavía se leen con espanto las horribles hecatombes de la peste en los siglos XV, XVI y XVII, que fue cuando Europa quedó poco menos que diezmada..."

³³⁹ Esto es, utilizar el criterio científico actual para la valoración de los síntomas y etiologías para aproximar un diagnóstico de manera retrospectiva. Véase: http://www.enfermedadesemergentes.com/articulos/a726/4_REVISION_ENF-EMERG003_2019_cristina-rius.pdf.

Para atacar cualquier enfermedad es necesario saber las razones por las que se vieron afectados. Este conocimiento no es menor a la hora de buscar frenar la epidemia o encontrar alguna posible solución. En este orden de ideas, es de destacar que mucho se ha opinado sobre la conjunción con otros factores que –aparte de los roedores como transmisores– colaboraron o ayudaron a que la epidemia se propagara. En efecto, no es menor la cuestión climatológica, pues en los cambios operados a ese nivel se habría generado una disminución de la luz solar, atenta al oscurecimiento del sol.³⁴⁰ Al respecto, Procopio de Cesárea decía “que el sol estaba por entonces como apagado”. Esta situación particular provocó una reducción en la producción de vitamina D en las personas, haciendo que de pronto se encontrara a una población con defensas muy bajas.

Asimismo, en el derrotero de autores que se detuvieron a mirar esta suerte de destino trágico de una Roma asediada por esta cruel enfermedad, algunos –en un concepto por demás evolucionista– llegaron arriesgadamente a decir que existió una confluencia de la propia patología como peste bubónica y lo que llamaron “era glacial” debido al cambio climático reinante y que operó como ensamble perfecto para el mal.³⁴¹

Los bizantinos no solo buscaron explicaciones a partir de las evidencias médicas y de cuestiones climatológicas. También se detuvieron a analizar el origen geográfico o los factores por los cuales la enfermedad ingresó al Imperio, así como también otras causales ya sea como origen de su existencia o como finalidad expurgatoria. Es así como los bizantinos buscaban razones a una enfermedad inexplicable en términos terrenales.

Recordemos que en el período altomedieval la ciencia no había tenido su existencia tal como hoy la conocemos. Es por ello, que las explicaciones no se encontraban en un elemento iniciador objetivo sino más bien en disquisiciones,³⁴² por lo general, trascendentales como son los castigos

³⁴⁰ KEYS, D. (2000). *Catastrophe. Una investigación sobre los orígenes del mundo moderno*. Nueva York: Random House.

³⁴¹ HARPER, *op. cit.*

³⁴² Wickham transcribe en *El legado de Roma* apreciaciones de Gregorio de Tours (538-594). Así, refiere la historia de dos niños, siervos suyos, afectados por la peste bubónica; a uno de

divinos.³⁴³ Pese a ello y a la lejanía con la que nos encontramos –lo cual nos da pocas posibilidades objetivas de tratar esta enfermedad y sus consecuencias en la sociedad romana del siglo VI–, contamos con ciertos testimonios, algunos de ellos testigos directos. Procopio,³⁴⁴ por ejemplo, que buscará explicaciones médicas al origen de la epidemia ya sea a través de la semiología médica o de la práctica tanatológica de los tumores. No obstante, la diversidad de diagnósticos hacía imposible no solo un tratamiento, sino una predicción médica. Es así como Procopio nos da a entender que no se pueden comprender ni estudiar las causas de esta enfermedad fuera de la voluntad de Dios.³⁴⁵

ellos lo trató un adivino con amuletos (esto es: la magia no funcionó), mientras que el otro bebió polvo de la tumba de san Martín mezclada con agua y se recuperó (2014, p. 241).

³⁴³ GARCÍA DEL CORRAL, I. (1890). *Corpus del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Jaime Molinas, Tomo 6, p. 28: “Es importante destacar que en la mentalidad de la época estaba la posibilidad de que las pestes fueran una respuesta de Dios ante quienes actúen contra naturaleza y blasfemen contra Dios como además de esto, que hemos dicho, algunos pronuncian palabras blasfemas y juramentos relativos a Dios, provocando a Dios a la ira, les intimamos también a éstos a que se abstengan de tales palabras blasfemas y de otras, y de jurar por los cabellos, y por la cabeza, y por otras palabras análogas a estas. Porque si no se dejan impunes las blasfemias proferidas contra los hombres, con mucha más razón es digno de sufrir suplicios el que blasfema contra el mismo Dios. Por esto, pues, les mandamos a todos estos hombres que se abstengan de los susodichos delitos, y que abriguen en su corazón el temor de Dios, e imiten a los que viven bien. Pues por causa de tales delitos se originan hambres, terremotos, y pestes, y por ello los amonestamos para que se abstengan de las susodichas cosas ilícitas de esta naturaleza, para que no pierdan sus almas.”

³⁴⁴ PROCOPIO DE CESÁREA (2000). *Historia secreta*. Madrid: Gredos, p. 265: “Los médicos más reputados predijeron que morirían muchos que, inesperadamente, sanaron poco después y aseguraron que se salvarían muchos que, sin embargo, iban a perecer muy pronto. De tal modo que no había ninguna causa de esta enfermedad que pudiera ser comprendida por el razonamiento humano, pues en todos los casos la recuperación se producía la mayor parte de las veces de una forma impensada.”

³⁴⁵ En el Antiguo Testamento. Libro de Samuel II-24, Dios le da al rey David la elección entre tres castigos: siete años de hambruna, tres meses de guerra o tres días de peste. El rey elige la tercera opción.

Una interpretación similar nos ofrece Agatías cuando nos menciona algunas explicaciones alternativas y, aunque no se inclina hacia ninguna de las dos por respetar un método objetivo, son sin duda las únicas posibilidades que él propugna.³⁴⁶

Por otra parte, se buscó, tal como adelantáramos, el origen geográfico de su aparición, expresando que primero habría aparecido entre los egipcios, luego se propagaría hacia Alejandría y al resto de Egipto, llegando hasta Palestina, siempre en zonas costeras y extendiéndose luego hacia las regiones interiores. En su segundo año de propagación, en la primavera, llegó a Bizancio.³⁴⁷ Algunas investigaciones más recientes³⁴⁸ piensan que el origen de esta enfermedad habría comenzado en China debido al descubrimiento de que el patógeno que la provocaba, la *yersinia pestis*,³⁴⁹ podría haber surgido en allí varios siglos antes de que avanzara al Imperio bizantino.

Como lo expresáramos al comienzo de esta investigación, nuestro interés radica en dar cuenta de las problemáticas que se generaron en el Imperio y particularmente aquellas a las que el Estado bizantino debió dar respuestas a ellas con decisiones concretas.

³⁴⁶ AGATÍAS, *op. cit.* Introducción: Begoña Ortega Villaro: "...Antiquísimos oráculos egipcios y también los más sabios astrólogos persas de ahora afirman que hay unos ciclos en el tiempo infinito, unos buenos y dichosos, otros desdichados y nefastos, y que el momento presente es el peor y más funesto de éstos y por eso precisamente hay ahora tal acumulación en todas partes de guerras y revueltas en las ciudades y las plagas se suceden de manera persistente. Otros dicen que la causa de la destrucción es la ira del Todopoderoso, que castiga con toda justicia las maldades de la humanidad y diezma su población..."

³⁴⁷ PROCOPIO, *op. cit.*, asegura que la peste alcanzó Constantinopla en el segundo año de su andadura." Un edicto imperial fechado el 1 de marzo de 542 indica que, para entonces, la plaga ya se había cobrado numerosas víctimas en la capital.

³⁴⁸ MEIER, M. (2016). "The 'Justinianic Plague': the economic consequences of the pandemic in the eastern Roman empire and its cultural and religious effects". En *Early Medieval Europe*, Vol. 42, 3, p. 268.

³⁴⁹ Para un entendimiento de las formas de contagio de este patógeno ver RIUS I GILBERT, C (2019). "La peste a lo largo de la historia". En *Enfermedades emergentes*. Recuperado de: <http://www.enfermedadesemergentes.com/articulos/a726/4> REVISION ENF-EMERG003-2019 cristina-rius.pdf.

Respecto del impacto sanitario y poblacional que esta peste ocasionó, las fuentes nos mencionan una ingente cantidad de muertes que luego serán discutidas por estudios posteriores, sobre todo a partir de la postura de Durliat.³⁵⁰ Este autor no solo pone en duda la cantidad de muertos, sino también las consecuencias que esta enfermedad provocó en la sociedad bizantina. No obstante, su escrito a fines de la década del 80 tiene el valor de reabrir el tema en la agenda científica, lo cual finalmente significó avances respecto a la confirmación de la enfermedad a través de pruebas por ADN.

Ahora bien, según Procopio, la cantidad de muertes prácticamente estuvo a punto de “acabar con la raza humana (...) y se extendió por la Tierra entera”. Aunque puede resultar un tanto exagerada la cantidad y la extensión territorial, lo cierto es que la peste bubónica se llevó una gran parte de la población. Al principio morían en número un poco mayor que el de costumbre. Luego, las pérdidas fueron elevándose progresivamente hasta alcanzar una cantidad de cinco mil víctimas al día e incluso llegando a diez mil o más. En efecto, Juan de Éfeso³⁵¹ nos dice que solo en la capital hubo más de doscientas treinta mil muertes. Corroboradas o no estas cifras, podemos advertir que hubo un problema para enterrar a los muertos por la epidemia. Primero enterraban a los familiares en sus casas; luego, cuando ya no podían hacerlo, sea por temor al contagio o sea porque ya no había quién enterrara, los cadáveres se descomponían en las viviendas o en las calles. En muchos casos se luchaba por una tumba, generando una violencia inesperada en la comunidad. Al no haber lugar para los cadáveres, su retirada se transformaba en una situación más escabrosa y en un problema de difícil resolución para las autoridades, a punto tal que debieron ser depositados y apilados en más de las veces en las torres de las murallas. Ante esto, se dice que el mismo emperador Justiniano ordenó a Teodoro, el oficial a cargo de las consultas imperiales, que se ocupara de estos entierros que empezaron a hacerse en fosas comunes.

³⁵⁰DURLIAT, J. (1989). “La peste du VIe siècle. Pour un nouvel examen des sources byzantines” En *Hommes et richesses dans l’empire byzantine*. Tomo I. Paris: Institut Francais D’études Byzantines, p. 107-19.

³⁵¹ Citado por WICKHAM, *op. cit.*, p. 101.

Al mismo tiempo, otra de las medidas que se llevaron a cabo tuvieron que ver con identificar los cadáveres que aparecían en las viviendas o en las calles, es a la que refiere Juan de Éfeso.³⁵² Según este autor, la gente de Constantinopla comenzó a usar brazaletes con su nombre cada vez que salían de sus casas, de modo que si morían repentinamente se la pudiera identificar y evitar que se arrojara a una fosa común anónima o que la dejaran pudrir en las calles.

Una segunda problemática estuvo vinculada al alto nivel de contagio de la enfermedad, para lo cual se estableció el aislamiento en sus casas.³⁵³

Asimismo, los confinados y los enfermos asistían a las iglesias buscando contención y refugio, participando de procesiones religiosas, propagando así más la enfermedad. Las iglesias y los mercados fueron un lugar propicio para ello. Esto evidencia nuevamente que las personas creían que la salvación estaba en el refugio religioso, lo cual da cuenta de que, dentro de la mentalidad de la época, la explicación de la peste reposaba en la culpa y el castigo divino.

Tal como venimos señalado, la peste tuvo efectos catastróficos, verificando su incidencia en la economía, la legislación, la vida social, la cultura,³⁵⁴

³⁵² Citado por MEIER, *op. cit.*, p. 268.

³⁵³ PROCOPIO *op. cit.*: "No era fácil ver a nadie por los lugares públicos, al menos de Bizancio, sino que todos los que coincidían que estaban sanos permanecían en sus casas, cuidando a los enfermos o llorando a los muertos. Y si se lograba encontrar a algún caminante, es que iba portando un cadáver. Cesaron todas las actividades y los artesanos abandonaron todas sus ocupaciones y los demás trabajos que cada cual tenía entre manos"

³⁵⁴ "Pero la segunda mitad del siglo VI se caracterizó más por los inicios de una clara decadencia intelectual que por estas conexiones vivificantes con el pasado. La ruina de las escuelas paganas no fue contrarrestada con la aparición de otras cristianas de similar rigor y profundidad. La decadencia de la clase senatorial, atacada en su riqueza y privilegios por el poder imperial y también de forma inmediata e indirecta por la peste, redujo las fuentes de patronazgo y los círculos interesados por la cultura. Todo ello se manifestó en el vector fundamental del conocimiento, el manejo de las lenguas clásicas. El dominio del latín se restringió cada vez más, hasta el punto que el propio código de Justiniano necesitó de traducciones ad hoc al griego para su comprensión". ALVAREZ PALENZUELA, V. (coord.) (2002). *Historia universal de la Edad Media*. Barcelona: Ariel, p., 106.

el arte y hasta en la propia filosofía. La repercusión no dista de la manera que se presenta en todos los tiempos.³⁵⁵ La influencia negativa sobre la economía no dejó de sentirse. La abrupta disminución poblacional trajo, de modo inevitable, importantes cambios en la economía del Estado bizantino, especialmente en áreas que posibilitaban el crecimiento y la riqueza estatal. En efecto, se verificó una creciente disminución de los ingresos por impuestos, una evidente merma en las actividades comerciales. Asimismo, devastó grandes asentamientos y núcleos urbanos dedicados a la agricultura que eran vitales para el desarrollo del Imperio, causando grandes conflictos. Si acaso la principal avenida de la cálida Constantinopla encontraba sus tiendas cerradas, recordando los tiempos en que se observaba el diario transitar de compradores de mercancías, por el contrario, lo triste era allí encontrar solo cuerpos en estado de descomposición.

Algunos historiadores³⁵⁶ coinciden en afirmar que la restauración que llevaba a cabo Justiniano del Imperio romano tuvo su momento de apogeo, pero siempre a costa de una gravosa política de percepción fiscal. El bienestar económico y la política monetaria que hacía que la inflación descendiera y, por lo tanto, que la población no se sintiera tan asfixiada.³⁵⁷ Población que, según estudios,³⁵⁸ iba creciendo significativamente a

³⁵⁵ PINO, L. y HERNÁNDEZ, J. (2008). "En torno al significado original del vocablo griego epidemia/latino *pestis*": En *Dymanis*, Vol. 28.

³⁵⁶ CIPOLLA, C. (1979). *Historia económica de la Edad Media*. Barcelona: Ariel, p. 40; VERA RAMÍREZ, H. (2018). "Apuntes sobre el comercio exterior y la moneda durante la época del emperador Justiniano (527-565)": En *Revista Tiempo & Economía*, vol. 5, Nº 1, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Colombia. Disponible en: <http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/86/86699004/86699004.pdf>. 2018.

³⁵⁷ En contra OSTROGORSKY: "Las cargas impuestas a la población por la política justiniana fueron cada vez más pesadas, aumentando sin límites como consecuencia de las empresas guerreras y de la actividad constructora extremadamente intensiva del emperador. El precio pagado por las conquistas justinianas era el total agotamiento financiero de todo el país" (p. 86).

³⁵⁸ CIPOLLA nos dice: "Desde el año 500, y durante medio siglo, todas las regiones del complejo de la Europa mediterránea parecen haber experimentado un aumento de población, reforzando el muy prometedor intento de restaurar el Imperio realizado por Justiniano" (*ob. cit.*, p. 40).

medida que crecía el bienestar económico del Imperio y que lograba una movilidad hacia estos lugares. Ello fue así, al menos hasta la pandemia.

A partir de la peste bubónica, un notable cambio en cuestiones macroeconómicas movidas por la pérdida de la población activa y la parálisis económica por campos no sembrados o cosechados, hacía que las políticas públicas no pudieran sostenerse en el tiempo. Es por esta razón que se supone que el poder justiniano se iba desmoronando de a poco, situación que permitía el avance en tierras por parte de otros imperios. Esto generó tal incertidumbre en la población que inevitable e inexorablemente desató una inflación histórica sin límites.³⁵⁹ El comercio y por ende el intercambio de mercaderías y servicios se vio paralizado. Cómo no verificarse tal acontecimiento si los muertos superarían ampliamente a los vivos en edad de trabajar.

La disminución en la percepción de ingresos por tributos llevó entre otras situaciones a un efecto notable en la propia corte pues se generó obligadamente una marcada austeridad que se tradujo en el ceremonial y el vestuario por decir, que cambiaron sustancialmente. Se verificó también la presencia de puertos olvidados, abandonados, y por consiguiente, ausencia del tráfico comercial, lo que terminaba provocando la peor de las consecuencias: un pronto y real desabastecimiento. La campiña sin ganado, sin habitantes, fotografía de la verificación de un patente daño demográfico. Un ejército también con sus filas reducidas como efecto inmediato del mal.

El Estado bizantino entonces debió tomar ciertas políticas gubernamentales de intervención de precios frente al avance de los monopolios,³⁶⁰ lo cual posibilitó un control inflacionario que perduraría luego por el bajo consumo que hacía que, según Vera Ramírez, la demanda de productos descendiera por la peste.

³⁵⁹ PATLAGEAN, A. et al. (2001). *Historia del estado Bizancio*. Barcelona: Crítica, p. 54.

³⁶⁰ FOSSIER, R. (1982). *La formación del mundo medieval*. Barcelona: Crítica, p. 167. Por las mismas fechas, Justiniano concede, o más bien vende, a las asociaciones de la capital una situación de monopolio, incluso ante la peste, que provoca un aumento excesivo de todos los salarios, atestado por una novela del año 544.

Otra de las consecuencias que mencionan los autores³⁶¹ a nivel político externo es que la pérdida poblacional y el retraimiento económico hicieron posible el avance del islam, provocando la pérdida de terrenos y el retraimiento del Imperio bizantino. En ese sentido, a nivel político interno, se señala una conspiración que tuvo que enfrentar Justiniano que tenía como inspiradores a un grupo de personas entre los cuales se incluía su sobrino de nombre Germano. En efecto, Procopio explica que en el momento que Justiniano estaba convaleciente por la peste bubónica hubo en la corte una conspiración para quitarle el poder a Teodora, su heredera natural y emperatriz. Ella, rápida de reflejos, decide atacar el posible foco y, temiendo una conspiración general, decide relegar de su cargo a Belisario.³⁶²

Por otra parte, podemos verificar otras consecuencias a través de la interpretación de las fuentes o del análisis que, de la época, elaboraron los historiadores contemporáneos especialistas en el Medioevo. Así, podemos señalar ciertas políticas públicas de protección para la población en tanto medidas de control de precios o las medidas de asunción de entierros a costa del Estado como ya mencionamos. Asimismo, como veremos seguidamente, se implementaron políticas destinadas a evitar el aprovechamiento de las personas que padecían un estado de vulnerabilidad producto del hambre y la peste. Entre estas medidas podemos mencionar la Novella CXXII titulada *Edicto de nuestro piadosísimo señor Justiniano sobre la reglamentación de los artifices*. Este edicto, por una parte, penaba a quienes por avaricia³⁶³ exigían, contra la antigua costumbre, dobles y triples precios y

³⁶¹ Entre ellos, CIPOLLA. El reajuste de población, que será discutido más adelante con mayor detalle, redujo el poder del Imperio bizantino y probablemente impidió la restauración del Imperio de Occidente. Por otra parte, tan anulado estaba el Imperio romano, que el islam pudo extenderse por todo el sur y sudeste, mientras que los germanos se apoderaban del oeste. Y RUSSELL, citado por MEIER, afirmó: "Had already hypothesized that the Justinianic Plague, by causing a supposed 40–50% drop in the population of the eastern Roman empire between 541 and c. 600, had ultimately abetted the seventh-century spread of Islam, the (semi-)nomadic Arab tribes having supposedly been far less affected by the disease than the urban cultures of late antiquity" (p. 271).

³⁶² PROCOPIO, *op. cit.*, p. 16.

³⁶³ Se ve que de una o de otra manera la noción del pecado refuerza la explicación causal trascendental.

retribuciones y, por otra parte, mandaba a investigar y castigar a quienes incumplían esta norma con una multa al fisco de una triple cantidad de lo que recibieron de más de lo que anteriormente valía.

Otra de las consecuencias jurídicas es que la propiedad que quedó desierta, ya sea por muerte de sus propietarios o por la imposibilidad de pagar el impuesto de la tierra por parte de los terratenientes, fue a parar a manos del Estado bizantino. Luego estas tierras, por medio de una ley, se repartieron entre los campesinos. También en relación a los territorios, sabemos que estaba vigente la ley que no permitía a los prestamistas quedarse, por préstamos impagos, con las tierras de los campesinos. En ese sentido, la Novella XXXIV mandaba “a corregir por muy saludable ley, dando para todo remedio común, no solamente para el tiempo de la presente necesidad, sino también para toda edad futura”.

Porque ha llegado a nuestros oídos, que en esta misma provincia que administras, algunos, habiendo esperado con avaricia la necesidad de los tiempos, hicieron contratos de préstamos a interés para algunos, y dándoles poca cantidad de frutos les quitaron sus tierrecillas, y que por esta causa algunos colonos buscaron las tinieblas de la fuga y que otros perecieron de hambre, y que invadió a los hombres tristísima peste no menor que la invasión de los bárbaros.³⁶⁴

Es así como el Estado bizantino, a través de distintas disposiciones, logro dar respuesta a problemáticas de diferente orden desencadenadas por la peste bubónica y pudo proteger de alguna manera a los habitantes de Bizancio, dictando medidas urgentes que fueron el fruto de las miradas puestas por el propio Estado en la realidad fatal que los superaba día a día.

³⁶⁴ Nov., p. 178.

V. Algunas consideraciones finales

Posicionándonos necesariamente en ese mundo antiguo al que nos referimos es que no podemos obviar que las sociedades debieron sumar a toda la artillería de medidas descriptas –por cierto, algunas– precedentemente el despliegue de estrategias que tuvieron como base o sustento el aporte religioso, en el particular acompañando a su pueblo en la creencia y necesidad de lograr un sosiego de los dioses.

Al decir de William McNeill³⁶⁵

(...) el cambio climático fue siempre un factor exógeno, un verdadero comodín que trascendía las demás reglas; que la peste antonina y la peste de Cipriano posterior (251 d. C hasta alrededor de 270 d. C.) fueron brotes de dos enfermedades diferentes, uno de la viruela y de sarampión la otra, aunque no necesariamente en ese orden. La devastación severa que sufrió la población europea por las dos plagas puede indicar que la gente no tuvo una exposición previa a cualquiera de estas enfermedades, que proveía a los supervivientes de inmunidad. Algunos historiadores creen que ambos brotes fueron de la viruela. Las ciudades crearon las densidades de población necesarias para que circularan los gérmenes y la expansión de las redes comerciales llevó a la convergencia de los focos de enfermedades en la civilización.

A este último sentir lo relacionamos con palabras del propio Juan de Éfeso,³⁶⁶ quien vivió en tiempos de esta terrible epidemia y manifestó que la plaga “era un castigo enviado por Dios”, sumándose historiadores que realizaron lecturas espirituales apocalípticas del suceso, en las que se hablaba de una enfermedad “diabólica” que operaba como un acto de venganza de Dios enfurecido por los pecados de la población.

Podemos decir a manera de colofón que en todos los tiempos el azote de las pestes está presente y que a ello Roma no escapó. En ese particular

³⁶⁵ McNEILL, W. (2016). *Pueblos y Plagas*. Madrid: Siglo XXI.

³⁶⁶ Obispo de la Iglesia Ortodoxa. Historiador de habla Siríaco en el siglo VI.

dice Rodríguez Cuenca³⁶⁷ que a pesar de que Roma tuvo una avanzada en la tecnología sanitaria –como calles, caminos limpios, acueductos, alcantarillados y cloacas en excelente cuidado, entierros y cremación fuera de la ciudad– fue víctima de su propio proceso de expansión pues trajo consigo enfermedades desconocidas con las que tuvieron que enfrentarse las tropas.

En lo político, su efecto no tardó un instante en dar lugar, por consiguiente, a una etapa de estado anárquico y caótico; es decir aparecieron entre ellos quienes conspirarían por entonces para propio beneficio. Según Álvarez Palenzuela, la peste no fue causante, aunque sí precipitante del giro negativo que se inició a mediados del siglo VI.

Esto nos hace detener un momento para pensar desde lo lejano a nuestro presente y generar una reflexión para pensar el futuro.

Bibliografía

AGATIAS (2000). *Historias*. Introducción: Begonia Ortega Villaro. Madrid: Gredos.

ALONSO VENERO, A. (2012). “La explicación religiosa de las catástrofes naturales: un motivo de la polémica entre cristianos y paganos en la antigüedad (S. II-IV)”. En *Arys*, N° 10. Universidad de Cantabria. ISSN 1575-166X. Recuperado de: file:///C:/Users/marim/Downloads/4856-7574-1-PB.PDF.

ALVAREZ PALENZUELA, V. (coord.) (2002). *Historia universal de la Edad Media*. Barcelona: Ariel.

BIDDISS, M. y CARTWRIGHT, F. (2005). *Grandes pestes de la historia*. Buenos Aires: El Ateneo.

³⁶⁷ RODRIGUEZ CUENCA, J. (2006). *Las enfermedades en las condiciones de vida prehispánica de Colombia*. Bogotá: Guadalupe.

CHAPOT, V. (1928). “El mundo romano”. En *Síntesis Colectiva: La evolución de la Humanidad*. Barcelona: Cervantes.

CIPOLLA, C. (1979). *Historia económica de la Edad Media*. Barcelona: Ariel.

DION CASIO (1926). *LXX – LXXI*. Cambridge: Ed. de E. Cary.

DURLIAT, J. (1989). “La peste du VI^e siècle. Pour un nouvel examen des sources byzantines”. En *Hommes et richesses dans l’empire byzantine*. Tome I. Paris: Institut Français d’Études Byzantines, p. 107-19.

FERNÁNDEZ-VÁZQUEZ, A. (2016). *Historia de la profilaxis ante las enfermedades contagiosas. Medidas preventivas descritas en el Levítico. Cultura de los Cuidados* (Edición digital).. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.14198/cuid.2016.46.05>. (Consultado 09/04/2020).

File:///C:/Users/marim/OneDrive/Documentos/CATEDRA/EPIDEMIAS/Dialnet-AmosFugadosYSubordinadosSinGuiaEsclavosFamilia e Iglesia durante las persecuciones de Decio y Valeriano (250-260). Elgl-6692771.PDF;

FOSSIER, R. (1982). *La formación del mundo medieval*. Barcelona: Crítica.

FRIEDLAENDER, L. (1947). *La sociedad Romana. Historia de las costumbres en Roma desde Augusto hasta los Antoninos*. México: Fondo de Cultura Económica.

FUENTES HINOJO, P. (1992). “Las grandes epidemias en la temprana Edad Media”. En *La España Medieval*, N^o 15, 9-29, Editorial Complutense, Madrid.

GALENO. *Método Médico*. XII.

GARCÍA DEL CORRAL, I. (1890). *Corpus del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Jaime Molinas.

GARGANTILLA, P. (2018). “La peste de Cipriano, la extraña epidemia que causó la caída de Alejandría. En *ABC*. Recuperado de: https://www.abc.es/ciencia/abci-pestes-cipriano-extrana-epidemia-causo-caida-alejan-dria-201808171605_noticia.html (Consultado 11 de mayo de 2020).

GONZABLES CRAVIOTO, E. y GARCÍA GARCÍA, I. (2007). “La primera peste de los Antoninos (165-170). Una epidemia en la Roma Imperial, Asclepio”. En *Revista de Historia de la Medicina y de la Ciencia*, Vol. LVIX, N° 1 enero-junio. ISSN: 0210-4466.

GONZABLES CRAVIOTO, E. y GARCÍA GARCÍA, I. (2013). “Una aproximación a las pestes y epidemias en la antigüedad”. En: *Espacio, Tiempo y Forma, Serie III, Historia Antigua*, T. 26, p. 63-82, UNED.

GONZÁLEZ, D. (2020). “Los coronavirus de la antigua Roma”. En *La Vanguardia*. Recuperado de: <https://www.lavanguardia.com/historiayvida/historia-antigua/20200409/48374962963/antigua-roma-imperio-bizantino-plagas-pestes-epidemia.html> (Consultado el 15 de abril de 2020).

HARPER, K. (2019) *.El fatal destino de Roma. Cambio climático y enfermedad en el fin de un imperio*. Traducción por Efrén del Valle. Barcelona: Planeta.

[Http://anuariodehistoria.unr.edu.ar/ojs/index.php/Anuario/index](http://anuariodehistoria.unr.edu.ar/ojs/index.php/Anuario/index). *Amos fugados y subordinados sin guía. Esclavos, familia e Iglesia durante las persecuciones de Decio y Valerio (250-260)* Mariano A. Splendido Anuario N° 29, ISSN 1853-8835. 2017. (Consultado 05.05.20)

[Http://fundacionsanvicenteferrer.blogspot.com/2012/01/vida-y-martirio-de-san-cipriano-obispo.html](http://fundacionsanvicenteferrer.blogspot.com/2012/01/vida-y-martirio-de-san-cipriano-obispo.html). 3 de enero de 2012. *Vida y Martirio De San Cipriano, Obispo y Mártir De Cartago, Por Su Diácono Poncio*. (Consultado 20.06.20).

[Http://sabato.unicen.edu.ar/sabato/sites/default/files/archivos/o3-grandes_pestes_cap_1.pdf](http://sabato.unicen.edu.ar/sabato/sites/default/files/archivos/o3-grandes_pestes_cap_1.pdf) (Consultado 22/06/20)

[Http://www.ntslibrary.com/PDF%20Books/MORTALITY%20by%20St%20Cyprian.pdf](http://www.ntslibrary.com/PDF%20Books/MORTALITY%20by%20St%20Cyprian.pdf). (Consultado 25/04/2020).

[Https://e-revistas.uc3m.es/index.php/ARYS/article/view/4856/3339](https://e-revistas.uc3m.es/index.php/ARYS/article/view/4856/3339). (Consultado 18/06/20).

[Https://etimologia.com/cuarentena](https://etimologia.com/cuarentena). (Consultado 18/06/20).

[Https://www.academia.edu/42605759/La_plaga_de_Justini%C3%A0_segons_el_testimoni_de_Procopi_Epid%C3%A8mies_i_malalties_contagioses_a_l_Edat_Mitjana_documents_representacions_art%C3%ADstiques_i_liter%C3%A0ries_IRCVM_Barcelona_4th_April_2020](https://www.academia.edu/42605759/La_plaga_de_Justini%C3%A0_segons_el_testimoni_de_Procopi_Epid%C3%A8mies_i_malalties_contagioses_a_l_Edat_Mitjana_documents_representacions_art%C3%ADstiques_i_liter%C3%A0ries_IRCVM_Barcelona_4th_April_2020).

[Https://www.lanacion.com.ar/sociedad/peste-antonina-brutal-pandemia-puso-rodillas-al-nid2359252/](https://www.lanacion.com.ar/sociedad/peste-antonina-brutal-pandemia-puso-rodillas-al-nid2359252/). 28 de abril de 2020.

[Https://www.museudebadalona.cat/es/la-primera-pandemia-de-la-historia-la-plaga-antonina/](https://www.museudebadalona.cat/es/la-primera-pandemia-de-la-historia-la-plaga-antonina/).(Consultado 24/3/2020).

[Https://www.portaldehistoria.com/secciones/epidemias/epidemias-antiguedad.asp](https://www.portaldehistoria.com/secciones/epidemias/epidemias-antiguedad.asp). (Consultado 20.05.20)

IDOATE, V. (2002). “Epidemias de peste y monedas en el Alto Imperio romano”. En *Gaceta Numismática*, 147, 22-23.

KEYS, D. (2000). *Catastrophe. Una investigación sobre los orígenes del mundo moderno*. Nueva York: Random House.

LE GOFF J. y BIRABEN J. (1969). “La peste dans de Haut Moyen Âge”. En *Annales. Economies, sociétés, civilisations*. 24^e année, N^o 6, p. 1484-1510.

LEDERMANN, W. (2016). “Notas para una Historia de la Higiene tomadas de la Biblia”. En *Rev. Chilena de Infectología*, Vol. 33, N^o 4.

- McNEILL, W. (2016). *Pueblos y Plagas*. Madrid: Siglo XXI.
- MEIER, M. (2016). “The Justinianic Plague: the economic consequences of the pandemic in the eastern Roman empire and its cultural and religious effects”. En *Early Medieval Europe*, Vol. 24, Issue 3.
- OSTROGORSKY, G. (1984). *Historia del estado bizantino*. Madrid: Akal
- PATLAGEAN, A. et al. (2001). *Historia del estado Bizancio*. Barcelona: Crítica.
- PIERROTTI, N. (2008). “El Paso De La Antigüedad A La Edad Media. ¿Ruptura O Continuidad? Un Análisis Historiográfico”. En *Clío*, 34.
- PINO, L. y HERNÁNDEZ, J. (2008). “En torno al significado original del vocablo griego epidemia/latino *pestis*”. En *Dymanis*, Vol. 28.
- PONCIO DE CARTAGO (1885). *La vida de Cipriano*. Traducción por Ernest Wallis. En línea en Christian Classics Etherial: *Antes de que hubiesen muerto*. Library 4. Wikipedia “La plaga de San Cipriano” (Consultado el 13 de marzo de 2020).
- POUNDS, N. (1981). *Historia económica*. Barcelona: Crítica.
- PROCOPIO DE CESAREA (2000). *Historia de las guerras*. Madrid: Gredos.
- PROCOPIO DE CESÁREA (2000). *Historia secreta*. Madrid: Gredos.
- ROBERT, B. (1897). *La peste bubónica*. Barcelona: Ed. Hispanoamericano.
- RODRIGUEZ CUENCA, J. (2006). *Las enfermedades en las condiciones de vida prehispánica de Colombia*. Bogotá: Guadalupe.
- SÁENZ, A. (2016). “La peste Antonina: una peste global en el siglo II d. C”. En *Revista Chilena de Infectología*, vol. 33, N° 2, Santiago.

Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-10182016000200011>.
Versión impresa ISS0716-1018.

SALCEDO GÓMEZ, R. (2017). “El Corpus epistolar de Cipriano de Cartago (249-258): estructura, composición y cronología”. Recuperado de: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/2600/04.RFG_CORPUS_EPISTOLAR_CONJUNTO_III.pdf?sequence=5&isAllowed=y.

SALES-CARBONELL, J. (2020). “La ‘plaga de Justinià, segons el testimonide Procopi”. En *Epidèmies i malalties contagioses a l’Edat Mitjana: documents, representacions artístiques i literàries*, IRCVM –UB.

SHA, *Vita Marcus Aurelius*, XIII, 3-6, citado por GONZABLES CRAVIO y GARCÍA GARCÍA, I. (2007).

VERA RAMÍREZ, H. (2018). “Apuntes sobre el comercio exterior y la moneda durante la época el emperador Justiniano (527-565)”. En *Revista Tiempo & Economía*, vol. 5, Nº 1, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Colombia.

WICKHAM, C. (2014). *El legado de Roma. Una historia de Europa de 400 a 1000*. Barcelona: Pasado Presente.

La injuria y el honor. Su situación en el derecho romano y el panorama en el derecho argentino actual

Por Germán Giarrocco³⁶⁸

El presente trabajo tiene por objeto analizar la injuria en el derecho romano en relación al honor, para luego comparar la situación con el derecho argentino actual. A lo largo del mismo pretendo demostrar que la injuria fue tenida en gran estima por los romanos, para luego ponderar la situación en la actualidad jurídica de Argentina a la luz del derecho positivo, la jurisprudencia y algunas situaciones de hecho imperantes, a fin de demostrar la subsistencia de la tradición romanista en nuestro país pese a los altibajos propios de la modernidad.

El concepto de injuria está desde antaño íntegramente relacionado con la inequidad que todo sistema jurídico de tradición romanista pretende solucionar. Una injuria en sentido amplio es cualquier menoscabo a una persona, aunque en sentido estricto la injuria nos es conocida como un específico menoscabo al honor de una persona.

³⁶⁸ Abogado y profesor de la asignatura Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

En la Ley de las XII Tablas, en el apartado VII, que trataba sobre los delitos, se contemplaba pena capital contra los autores de libelos y ultrajes. Asimismo, se disponía pena de veinticinco ases por injuria.³⁶⁹

En las Institutas de Justiniano, Libro, 4 Título 4, están receptadas las injurias y las mismas son tratadas en la forma lógico-dialéctica característica de estas enseñanzas del derecho. En dicho texto se aclara que en general dicese injuria a todo lo que se hace sin derecho, en especial significa unas veces contumelia, que se ha derivado de *contemnere* (menospreciar), otras culpa. Según la Ley Aquilia, se entiende el daño de la injuria, otras veces implica inequidad e injusticia.³⁷⁰

Esta primera definición nos demuestra el sentido más amplio que los romanos le han otorgado a la injuria.

Posteriormente continúan las Institutas:

Mas, cométase injuria, no solo cuando alguno hubiere sido golpeado con el puño o aporreado con palos, o aún azotado; sino también si se hubiere promovido a alguien un escándalo; o si los bienes de alguno hubieren sido poseídos, como de un deudor, por aquel que sabía que nada a él le debía; o si alguien para infamia de otro hubiere escrito, compuesto o publicado algún libelo o versos o procurando con dolo malo que algo de esto se hiciera; o si alguno hubiere seguido a una madre de familias, a un joven, o a una joven; o si se dijese que se había atentado al pudor de alguien; y finalmente, es evidente que de muchas maneras se comete injuria.³⁷¹

En esta otra redacción encontramos una serie de supuestos de hecho que se subsumen en el tipo legal de la injuria. Particularmente resultan de interés en esta labor aquellos encaminados a tutelar el honor de la persona. Bien sabemos que el concepto de derecho subjetivo no es propio del derecho romano, no obstante, los juristas clásicos han sabido identificar

³⁶⁹ COSTA, J. (2016). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 64.

³⁷⁰ I, 4, 4.

³⁷¹ I, 4, 4, 1.

determinadas situaciones jurídicas que deben ser tuteladas por la autoridad pública, situaciones como esta que ahora nos ocupa.

Respecto a la sanción se afirma en *Institutas* 4, 4, 7:

Mas la pena de las injurias según la Ley de las Doce Tablas, era la del talión por un miembro efectivamente roto; pero por un hueso fracturado, se habían establecido penas en metálico, proporcionadas a la gran pobreza de los antiguos. Pero posteriormente permitían los pretores a los mismos que han sufrido una injuria estimarla, para que el juez condenara o en el tanto en que el injuriado la hubiere apreciado o en menos, según a él le hubiere parecido. Mas en realidad la pena de injuria que fue introducida por la Ley de las Doce Tablas cayó en desuso; pero la que los pretores introdujeron, que también se llama honoraria, se continúa aplicando en los juicios. Porque según el grado de dignidad y de honradez de la vida, crece o se disminuye la estimación de la injuria; cuyo grado de condena se observa no sin razón aun respecto de una persona servil, para que una pena se aplique respecto del esclavo apoderado general, otra respecto del que tiene un empleo de clase media, y otra respecto del de ínfima clase o del cargado de cadenas.³⁷²

En esta afirmación puede apreciarse que las sanciones aplican no solo para una injuria física producida sobre el cuerpo, sino también para cualquier tipo de injuria. Prueba de ello la tenemos en la definición preliminar que da de injurias el título objeto de análisis. Por ello podemos apreciar que las sanciones de la Ley de las XII Tablas posiblemente fueron morigeradas por medio de la labor pretoriana, lo cual no es de extrañar, pues en definitiva esto mismo ha ocurrido a través del paulatino trabajo del pretor en otras instituciones jurídicas.

Así pues, en cuanto a las acciones que puede establecer el injuriado se nos aclara en *Institutas* 4, 4, 10:

Finalmente, ha de saberse, que por toda injuria puede el que la sufrió

³⁷² I, 4, 4, 7.

proceder o criminal o civilmente. Y si verdaderamente se reclama por lo civil, hecha la estimación según lo que se ha dicho, se impone como pena: pero si por lo criminal, se aplica al reo por ministerio del juez una pena extraordinaria; debiendo observarse, sin embargo, esto que introdujo una constitución de Zenón, que los varones ilustres, y los que sobre ellos están, puedan o intentar o contestar en la vía criminal la acción de injurias aún por medio de procuradores, según el tenor de dicha constitución que aparece más claramente de ella misma.³⁷³

Este fragmento nos demuestra que los romanos contemplaban una doble naturaleza de la injuria: penal y civil.

Claro resulta en nuestros tiempos que el derecho penal y el derecho civil se rigen por lógicas distintas. El derecho penal apunta a la sanción de una conducta delictiva que perjudica un bien jurídico tutelado y el interés en aplicar tal sanción lo promueve el Estado, mientras que el derecho civil apunta en materia de daños a resarcir todo menoscabo ocasionado a una persona y el interés en obtener tal resarcimiento está en manos del damnificado.

No obstante, estas definiciones no fueron tan taxativas en el derecho romano, así que por cuestiones metodológicas continuaré abordando la injuria en su doble naturaleza, tanto penal como civil, siempre teniendo en cuenta que solo el derecho civil romano se encuentra trasmutado en la legislación actual. Pues, en definitiva, la matriz de este razonamiento tiene como objetivo demostrar la relevancia histórica y actual de la injuria con relación al derecho al honor.

En este entendimiento podemos apreciar que las contundentes sanciones en el plano legal demuestran que los romanos tenían en gran estima a la injuria, pero ¿por qué? Me adelanto a responder que los preceptos legales son producto de la relevancia social que el hombre antiguo le daba al honor, como un estatus que indefectiblemente merecía ser tutelado. Por ello esbozo a continuación una serie de relatos en orden cronológico que así lo prueban a título ejemplificativo.

³⁷³ I, 4, 4, 10.

1) Lucrecia se suicida tras ser violada por Sexto. Al respecto nos ilustra Tito Livio en su Libro Primero de Historia Antigua de Roma que cuando su esposo Tarquino Colatino la vio llorando le preguntó si estaba bien y esta respondió: “No. ¿Cómo puede estar bien una mujer que ha perdido el honor? Colatino, hay huellas de otro hombre en tu lecho; ahora bien, únicamente mi cuerpo ha sido violado, mi voluntad es inocente; mi muerte te dará fe de ello. Pero dadme la diestra y la palabra de que el culpable no quedará sin castigo”.³⁷⁴

2) Sila dispone se incinere su cuerpo para que este no sea deshornado por sus enemigos.³⁷⁵

3) Lo mismo ocurre con Cicerón, quien en su tratado sobre la República describe al gobernante ideal. Para ello, el orador pone en boca de Escipión: “en las ciudades, en las que los hombres mejores aspiran a la fama y a la honra, rehúyen el descrédito del deshonor, y no les intimida tanto la pena establecida en las leyes cuanto la vergüenza que la naturaleza dio al hombre, como un temor de censura no injusta. Aquel famoso hacedor de repúblicas (creemos se refiere a Platón) quiso acrecer ese sentimiento de vergüenza con respeto a la consideración social y fomentarlo con la educación, para que el pundonor no menos que el temor apartara a los ciudadanos de cometer delitos”.³⁷⁶ Cabe destacar que Cicerón utiliza a Escipión como ejemplo de conducta a seguir por la admiración que este despertaba en el imaginario social.

4) Augusto exilia a su nieta Julia por sus desvaríos amorosos y al poeta Ovidio por menoscabar su dignidad. Incluso, quien fue el

³⁷⁴ TITO LIVIO (2016). *Historia de Roma desde su Fundación*. Tomo I. Traducción por J. A. Villar Vidal, Madrid: Gredos, p. 105.

³⁷⁵ CICERÓN (2016). *Las Leyes*. Libro II. Traducción por C. T. Pabón de Acuña. Madrid: Gredos, p. 222.

³⁷⁶ CICERÓN (2016). *La República*. Libro V. Traducción de A. D` Ors. Madrid: Gredos, p. 119.

primero de los príncipes de Roma sufrió mucho por la vergüenza que le ocasionaron los propios miembros de su familia. Al respecto nos narra Cayo Suetonio: “Pero el destino le privó de la alegría y confianza por la descendencia y disciplina de su casa. Desterró a las dos Julias, su hija y su nieta, después de haberse mancillado con todos los oprobios; a Cayo y a Lucio los perdió a ambos en el espacio de dieciocho meses: Cayo muerto en Licia y Lucio en Marsella. Adoptó en el Foro, en virtud de la Ley *Curjata*, a su tercer nieto, Agripa, y al mismo tiempo a Tiberio su hijastro; pero pronto, de ellos, repudió a Agripa por su comportamiento grosero y brutal y lo desterró a Sorrento. Pero soportó con algo más de paciencia la muerte que la deshonra de los suyos”.³⁷⁷

5) San Agustín de Hipona en su libro quinto, capítulo 12 de Ciudad de Dios, también nos demuestra la importancia del honor en la concepción de los romanos, cuando nos explica que éstos tenían un profundo anhelo de gloria, el cual les permitió acrecentar su imperio. Dice el Padre de la Iglesia: “...eran deseosos y aficionados a elogios, eran liberales en expender el dinero y tenían por riquezas bastantes una gloria inmortal; a ésta amaron ardientemente, por ésta quisieron vivir, y por ésta no dudaron morir. Todos los demás deseos los refrenaron, contentándose con solo el extraordinario apetito de gloria.”³⁷⁸

Hasta aquí podemos establecer como conclusión preliminar que los romanos tenían en gran estima la figura de la injuria, toda vez que la misma servía a efectos de proporcionar una efectiva tutela jurídica al honor, principio de suma relevancia social en la antigüedad. Veamos ahora qué ocurre en el derecho argentino actual.

³⁷⁷ CAYO SUETONIO (1978). *Vida de los Doce Césares*. Traducción por V. López Soto. Barcelona: Editorial Juventud, p. 101.

³⁷⁸ SAN AGUSTÍN (1922). *Ciudad de Dios*. Tomo I. Traducción por J. Cayetano Díaz de Beyral. Madrid: Librería del Perlado Páez y Cia, p. 296.

La injuria se encuentra tipificada como delito penal y a la vez se puede entablar acción civil por el daño sufrido a causa de las mismas. Como ya dije anteriormente, cabe destacar que la lógica del derecho penal es distinta a la del derecho civil y que solamente el segundo tiene base en el derecho romano, pues la cosmovisión punitiva varió sustancialmente a lo largo de la historia, tema que no corresponde explicar en esta investigación.

En materia penal, el Libro Segundo del Código Penal argentino, que trata de los delitos en particular, legisla acerca de los delitos contra el honor en su título segundo (artículos 109 a 117 bis).³⁷⁹

En este entendimiento, dicho título diferencia la calumnia o falsa imputación de la injuria. La primera radica en imputar falsamente a una persona física la comisión de un delito concreto (y acarrea pena de multa de tres mil a treinta mil pesos), mientras que la injuria propiamente dicha consiste en deshonrar o desacreditar a una persona física (y acarrea pena de multa de mil quinientos a veinte mil pesos), todo ello conforme los artículos 109 y 110.³⁸⁰

A su vez, el artículo 113 estipula que “el que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, siempre que su contenido no fuere atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que sean asertivas”.³⁸¹

Por otra parte, el artículo 114 establece que “cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa, en la capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente código y el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción”.³⁸²

Asimismo, el artículo 115 determina que “las injurias proferidas por los

³⁷⁹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

³⁸⁰ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

³⁸¹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

³⁸² <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes”.³⁸³

A su vez, el artículo 116 reza: “Cuando las injurias fueren recíprocas, el tribunal podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o a alguna de ellas”.³⁸⁴

Siguiendo el orden exegético, el artículo 117 determina que “el acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo. La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad”.³⁸⁵

Finalmente, el artículo 117 bis establece un agravante de pena de seis meses a tres años de prisión al que proporcionara a un tercero a sabiendas información falsa contenida en archivo de datos personales.³⁸⁶ Cabe destacar que la razón del agravante radica en el carácter constitucional del derecho a privacidad de los datos personales. A su vez, la escala penal aumentará en la mitad del mínimo y del máximo cuando hubiere perjuicio, y si el autor fuere funcionario público se agregará la pena accesoria de inhabilitación.³⁸⁷

Es importante destacar que mediante la Ley 26.551, sancionada el 18 de noviembre de 2009 y promulgada el 26 del mismo mes,³⁸⁸ se morigeró sustancialmente las penas por este tipo de delitos, estableciendo que no se tipifica el delito en cuestiones de interés público que sean asertivas. Claramente la disyunción demuestra que mientras la cuestión sea de interés público no importa si no es cierta la difamación, el delito no se tipifica. Este precepto estuvo inspirado en el fallo de la Corte de Estados Unidos “The New York Times Company Vs. L.B. Sullivan”, en el que el máximo tribunal de ese país determinó “que una afirmación errónea es inevitable

³⁸³ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

³⁸⁴ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

³⁸⁵ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

³⁸⁶ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

³⁸⁷ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

³⁸⁸ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160774/norma.htm>.

en el debate libre y que este debe ser protegido si la libertad de expresión ha de ser el espacio vital que las personas necesitan para sobrevivir”.³⁸⁹

También hay que ponderar en el análisis la cuestión a la luz de los hechos que ocurren en la práctica, pues no es menos importante entender que el Ministerio Público Fiscal interviene en los delitos penales en carácter de acusador en nuestro país, y que debido a las cuestiones operativas bien conocidas en el ambiente, las investigaciones de los delitos “menos graves” como injurias y amenazas quedan relegadas en despachos abarrotados de delitos de mayor envergadura.

Por otro lado, en materia civil podemos decir que las injurias pueden ser resarcidas siempre que ocasionen daño cierto, conforme el principio de equidad propio del derecho romano transmutado en nuestro derecho actual. En efecto, el artículo 1109 del Código de Vélez establecía que “todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio”.³⁹⁰ A su vez, los alcances de la responsabilidad civil se agravan por dolo también siguiendo la mecánica romana.

En tanto, el Código Civil y Comercial actual adopta similar solución en su artículo 1716, que estipula: “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado”.³⁹¹ También hay que tener en cuenta el artículo 1737, que dice: “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”,³⁹² pues en ese daño a la persona podemos englobar la injuria.

Y además, es medular considerar que el Código Civil y Comercial actual establece, siguiendo el esquema romanista, que la reparación del daño debe ser plena. O sea, debe procurar volver la restitución de la situación al

³⁸⁹ https://catedraloreti.com.ar/loreti/jurisprudencia_relevante/sullivan.pdf.

³⁹⁰ SALAS, A. (1979). *Código Civil y Leyes complementarias Anotados*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, p. 578.

³⁹¹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235975/norma.htm#23>.

³⁹² <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235975/norma.htm#23>.

estado anterior al hecho dañoso. En caso de daños derivados de la lesión del honor el juez puede a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia a costa del responsable.³⁹³

El daño al honor lo encontramos en el rubro de daño moral que puede reclamarse ante los tribunales competentes: “El daño moral que se proyecta sobre derechos subjetivos extrapatrimoniales –sea que el hecho generador actúe sobre un derecho patrimonial–, consiste en el sufrimiento causado como ‘dolor’ o como ‘daño en las afecciones’, el daño al honor constituye un claro ejemplo de esta última categoría”.³⁹⁴

En cuanto a la jurisprudencia más actual en la materia, se determinó que el reconocimiento y cuantía del daño moral dependen –en principio– del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión. Se fundamenta en la obtención de una satisfacción compensatoria –y por ende imperfecta– de dolor íntimo experimentado (Doctrina de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan en fallo “Montecito Ceferino Mauro y Otro c/ Tapia Ricardo Juan Gabriel S/ Daños y Perjuicios”)³⁹⁵.

Finalmente, hay que tener en cuenta que cuando comenzaba a avistarse una tendencia a suprimir la injuria como delito penal y a flexibilizarla en el plano civil, el Estado se vio obligado a replantearse la relevancia de esta institución jurídica ante la aparición de las redes sociales, y con ellas, un nuevo concepto: la injuria informática.

³⁹³ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235975/norma.htm#23>

³⁹⁴ CHRISTELO, M. A. en <http://www.saij.gob.ar/martin-alejandro-christello-dano-moral-algunas-reflexiones-sobre-su-valoracion-daca980143-1998/123456789-0abc-defg3410-89acanirtcod>.

³⁹⁵ Montecito Ceferino Mauro y Otro c/ Tapia Ricardo Juan Gabriel S/ Daños y Perjuicios en <http://www.saij.gob.ar/dano-moral-indemnizacion-determinacion-monto-su50009615/123456789-0abc-defg5169-0005soiramus?&o=2&f=Total%7CTipo%20de%20Documento%7CFecha/2017/07%7CTema/Derecho%20civil%5B50%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B50%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D&t>

Prueba de ello, en el fallo M.V.L S/ Calumnias e Injurias el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Número 22 de la Capital Federal impuso a una persona que difamó a otra en una conocida red social la realización de trabajos comunitarios y la publicación a su costa en los dos diarios de mayor circulación del país de la resolución judicial para limpiar el nombre de la injuriada.³⁹⁶

En efecto, esto demuestra la plena vigencia de las instituciones de derecho romano, pues basta que se cuestione la necesidad práctica y social de preceptos clásicos en el siglo XXI para que la realidad nos demuestre otra vez que tales preceptos están más vigentes que nunca.

Por las consideraciones expuestas podemos concluir que:

- 1) La injuria como figura jurídica del derecho romano en sentido estricto entendida como una ofensa al honor se encuentra plenamente vigente en la legislación actual de nuestro país.
- 2) Incluso el modo de reparar el daño al honor en el derecho actual es similar al romano y se basa en una justa estimación del caso concreto, basado en el fundacional principio de *Aequitas* romanista.
- 3) Debido a modificaciones de paradigma a lo largo de la historia, el honor perdió algo de campo frente a la libertad de expresión y la libertad de prensa, principios fundamentales del constitucionalismo clásico; no obstante, la tradición romanista se haya resguardada en el derecho vigente con los altibajos característicos de la modernidad.

³⁹⁶ Fallo M.V.L S/ Clumnias e Injurias en <https://www.cij.gov.ar/nota-29199-Resoluci-n-del-Tribunal-Oral-en-lo-Criminal-y-Correccional-N--22-de-la-Capital-en-causa-por-calumnias-en-injurias-a-ra-z-de-comentarios-publicados-en-Twitter.html>

Todo derecho ha sido creado por causa de los hombres

Por Ricardo Ginés García³⁹⁷

En el derecho romano existen diversos principios jurídicos que se han generalizado y que proceden de algo que originariamente fue tan solo una *ratio decidendi*, una razón para decidir un caso particular.³⁹⁸

Entre ellos encontramos el principio *hominum causa omne ius constitutum est*, todo derecho ha sido creado por causa de los hombres, que presupone la conducta humana compartida como realidad previa a toda norma. De manera más específica, también el derecho objetivo supone al hombre, porque es una creación de su mente y solo se puede alcanzar vigencia concretándose en los comportamientos humanos.³⁹⁹

³⁹⁷ Abogado. Doctor en Derecho. Jefe del Departamento de Derecho de la Universidad Kennedy. Profesor de la UBA, de la Universidad Kennedy, de la Universidad Abierta Interamericana, de la Universidad del Museo Social Argentino y de la Universidad de San Isidro.

³⁹⁸ Así la regla que inspiró la solución del caso mencionado en las Instituciones de Justiniano, libro 4, título 12, fragmento 1, fue explicitada por los compiladores como *regula iuris* en el Digesto, libro 50, título 17, fragmento 111, párrafo 1.

³⁹⁹ BLANCH NOUGÜES, J. M. (2008). "*Ius, iustitia y persona: a propósito de la pregunta antropológica*." En *Revista General del Derecho Romano*, nº 10. Disponible en: <http://dspace.ceu.es/bitstream/10637/3494/1/406611%5B1%5D.pdf>.

Aristóteles afirmó que “el hombre es por naturaleza un ser social”, un “animal político” que necesita vivir en sociedad,⁴⁰⁰ o como lo expresara el jurista Marciano, “animales que por naturaleza viven vida civil”.⁴⁰¹ Reconociendo el carácter social de los seres humanos, los romanos concluyeron *ubi societas ibi ius*, donde hay sociedad hay derecho, ya que toda agrupación humana necesita de un orden jurídico. En definitiva, el derecho nace del hecho y al hecho se destina.

Por eso Gayo en sus célebres *institutionum*, que fueron el manual de estudio más empleado desde el siglo II al VI, situó a las personas como punto de partida de todo estudio jurídico afirmando que “todo el derecho que usamos, concierne o las personas, o las cosas, o las acciones. Trataremos primero el derecho concerniente a las personas”.⁴⁰²

Hermogeniano, un jurista notable del siglo III y comienzos del IV, en una época de franca decadencia, se hizo eco de la experiencia jurídica atesorada durante siglos y puso en evidencia cómo percibieron el derecho los jurisconsultos clásicos al proponer: “Así pues, como todo derecho ha sido constituido por causa de los hombres, trataremos primero del estado de las personas, y después de las demás cosas, siguiendo el orden del Edicto perpetuo...”.⁴⁰³

Inspirados en la afirmación de Hermogeniano y apoyados en la autoridad de Gayo, los compiladores justinianos decidieron colocar al comienzo del Digesto en el Libro I, inmediatamente después de la exposición de las fuentes, el título V denominado “Del estado de los hombres”. La ubicación de la materia relativa a la persona humana justo al comienzo de la obra que resume toda la sabiduría jurídica clásica ha influido notablemente en la mentalidad de los juristas posteriores hasta la actualidad.⁴⁰⁴

Expresado también mediante el brocardo medieval *ex facto oritur ius*, del hecho nace el derecho, a este axioma le podemos atribuir una doble

⁴⁰⁰ ARISTÓTELES (2008). *Ética nicomáquea*. Madrid: Gredos, p. 35.

⁴⁰¹ Digesto, *op. cit.*, libro 1, título 3, fragmento 2.

⁴⁰² GAYO, *op. cit.*, libro 1, fragmento 2; Digesto, *op. cit.*, libro 1, título 5, fragmento 1.

⁴⁰³ Digesto, *op. cit.*, libro 1, título 5, fragmento 2.

⁴⁰⁴ En igual sentido, el título 3 del libro 1 de la Instituta de Justiniano se denomina “Del derecho respecto de las personas”.

acepción: por un lado, describe el proceso por el cual en todas las comunidades el derecho objetivo evoluciona para regular nuevos hechos sociales emergentes de la realidad; por otro, constituye una recomendación procesal que aconseja exponer claramente los hechos que son el presupuesto de la acción, para luego extraer las consecuencias jurídicas en relación con las transgresiones ocurridas.

A esta metodología romana que priorizó al ser humano le prestaron suma atención los humanistas del renacimiento. En ella se han basado los códigos modernos, y se ve actualmente potenciada por la estructuración de bloques de constitucionalidad que incorporaron con jerarquía constitucional el derecho internacional de los derechos humanos, ubicando al hombre como punto de partida y destino de todo sistema de normas.⁴⁰⁵

A través de la tradición jurídica de occidente pervive el derecho privado romano y se produce su recepción en las codificaciones modernas. Este antiguo derecho influyó, entre otros, en los códigos de Prusia, Francia, Italia, España, Chile, Uruguay, Paraguay, Bolivia, en el código de Dalmacio Vélez Sarsfield y en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El derecho privado contemporáneo tiene su antecedente en el derecho romano, donde se originaron casi todas las instituciones existentes en la actualidad. La estructura del derecho civil todavía responde a los principios y criterios de ese antiguo derecho, lo que puede corroborarse con mayor intensidad en la regulación de los derechos patrimoniales, especialmente el derecho de las obligaciones.⁴⁰⁶

Por esta razón el estudio del derecho romano resulta indispensable para entender los sistemas jurídicos actuales, y sigue siendo una de las primeras asignaturas para los estudiantes en los países de derecho continental. Su conocimiento brinda una semblanza del origen de los principios y las instituciones jurídicas, y permite comprender mejor las diversas normas y procesos jurídicos que rigen en la actualidad.

⁴⁰⁵ BLANCH NOUGÛES, *op. cit.*; MANILI, P. (2003). *El bloque de constitucionalidad. La Ley*: Buenos Aires, p. 339; RODRÍGUEZ DE LÓPEZ MIREAU, A. (2006). *Bloque de constitucionalidad y derecho a la vida: deber de omisión legislativa*. Buenos Aires: Albrematica.

⁴⁰⁶ BRAVO GONZÁLEZ, A. (1974). *Obligaciones romanae*. México: Pax, p. 7.

Podemos observar la recepción de las instituciones del derecho privado romano, entre otros, en los siguientes códigos:

a) Código Civil italiano

El código de 1942, cuya última actualización data del 2002, inicia con las “Disposiciones sobre las leyes en general”, contiene después seis libros titulados “De las personas y la familia”, “De las sucesiones”, “De la propiedad”, “De las obligaciones”, “Del trabajo”, “De la tutela del derecho”, y al final tiene unas “Disposiciones de actuación y disposiciones transitorias”.⁴⁰⁷

b) Código Civil español

El código de 1889, actualizado en el 2012, comienza con un “Título Preliminar. De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, incorpora cuatro libros titulados “De las personas”, “De los bienes, de la propiedad y sus modificaciones”, “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”, “De las obligaciones y los contratos”, y termina con una “Disposición final”, las “Disposiciones transitorias” y las disposiciones adicionales”.⁴⁰⁸

c) Código Civil chileno

El código de 1855, actualizado al 2000, tiene un “Título Preliminar”, y contiene después cuatro libros –“De las personas”, “De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce”, “De la sucesión por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos”, “De las obligaciones en general y de los contratos”– y un título final “De la observancia de este código”.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/home.html.

⁴⁰⁸ <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/indexcc.htm>.

⁴⁰⁹ http://www.paginaschile.cl/biblioteca_juridica/codigo_civil/codigo_civil_de_chile.htm.

d) Código Civil uruguayo

El código de 1855, actualizado al 2002, posee un título preliminar “De las leyes”, se desarrolla en cuatro libros –“De las personas”, “De los bienes y del dominio o propiedad”, “De los modos de adquirir el dominio”, “De las obligaciones”–, y un título final “De la observancia de este código” con un “Apéndice del título final de este código”.⁴¹⁰

e) Código Civil paraguayo

El código de 1985 se inicia con un título preliminar, “De las disposiciones generales”, y luego tiene cuatro libros: “De las personas y de los derechos personales en las relaciones de familia”, “De los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones”, “De los contratos y de otras fuentes de las obligaciones”, “De los derechos reales o sobre las cosas”. Concluye con unas “Disposiciones transitorias”.⁴¹¹

f) Código Civil boliviano

El código de 1975 posee cinco libros –“De las personas”, “De los bienes, de la propiedad y de los derechos reales sobre la cosa ajena”, “De las obligaciones”, “De las sucesiones por causa de muerte”, “Del ejercicio, protección y extinción de los derechos”– y termina con unas “Disposiciones transitorias”.⁴¹²

g) Código Civil argentino

Nuestro Código Civil, que entró en vigencia en 1871 y fue objeto de

⁴¹⁰ http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/CodigoCivil/2002/cod_civil.htm.

⁴¹¹ http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_pry_ley1183.pdf.

⁴¹² http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_pry_ley1183.pdf.

numerosas modificaciones, posee dos títulos preliminares –“De las leyes” y “Del modo de contar los intervalos del derecho”– y cuatro libros: “De las personas”, “De los derechos personales en las relaciones civiles”, “De los derechos reales”, “De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes”. Concluye con un título complementario: “De la aplicación de las leyes civiles”.⁴¹³

h) Código Civil y Comercial

El nuevo Código Civil y Comercial sancionado como Ley 26.994 se inicia con un título preliminar y posee los libros: “Parte general”, “Relaciones de familia”, “Derechos personales”, “Derechos reales”, “Transmisión de derechos por causa de muerte”, “Disposiciones comunes a los derechos personales y reales”.⁴¹⁴

Los fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación reconocen la pertenencia del nuevo código a la tradición romanista dentro del contexto latinoamericano:

Existe una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano. Este es un cambio relevante, toda vez que la historia revela la extraordinaria influencia de la tradición romana e hispánica, y luego francesa, a partir de la codificación. El Código Civil francés, sancionado por ley del 21 de marzo de 1804, influyó con sus criterios a Europa –Italia (1865), Portugal (1867), España (1889)–, y América (Quebec [1866], Louisiana [1870]), Perú (1852), Chile (1857), Argentina (1871) y Brasil (1917). Esta tradición ha sido muy importante durante toda la historia del derecho argentino y la hemos respetado en sus aspectos esenciales. Sin embargo, también hemos incorporado nociones propias de la cultura latinoamericana así como una serie de criterios que se consideran comunes a la región.⁴¹⁵

⁴¹³ <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>.

⁴¹⁴ <http://www.infoleg.gov.ar/wp-content/uploads/2013/11/8842012.pdf>.

⁴¹⁵ http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf, pág. 4.

El derecho romano inició el proceso de identificación de valores jurídicos y la puesta en práctica de los principios básicos del derecho, muchos de los cuales definen aún hoy el modelo jurídico que informa el Código Civil y Comercial de nuestro país. Así, el principio de sociabilidad se fortalece por la incorporación con carácter general de los de buena fe, fraude a la ley y abuso del derecho.

Siguiendo estrictamente el principio que establece que todo derecho ha sido creado por causa de los hombres, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación dedica el título primero del libro primero a la “persona humana”,⁴¹⁶ manteniendo la vigencia actual de la afirmación de Hermogeniano.⁴¹⁷ Este principio jurídico es reivindicado por el neoconstitucionalismo moderno y, para adecuarse al bloque de constitucionalidad adoptado en la reforma de 1994, recogido por el citado cuerpo legal.

En conclusión, al compulsar los códigos arriba mencionados, pudimos corroborar que el principio “todo derecho ha sido creado por causa de los hombres” quedó plasmado en ellos y que todos tratan: las relaciones de familia, las cosas y los derechos reales, las obligaciones y sus fuentes, y las sucesiones por causa de muerte; y que varios de ellos —el francés, el español, el chileno, el uruguayo y el boliviano— abordan los temas conservando el orden metodológico del Edicto Perpetuo y de las Institutas de Gayo y Justiniano.⁴¹⁸

⁴¹⁶ http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf.

⁴¹⁷ Digesto, *op. cit.*, libro 1, título 5, fragmento 2.

⁴¹⁸ Digesto, *op. cit.*, libro 1, título 5, fragmento2; GAYO, *op. cit.*, libro 1 y 2; Institutas, *op. cit.*, libro 1 y 2. Dice Gayo en el libro 1, fragmento 2: “Todo el derecho de que usamos, concierne o las personas, o las cosas, o las acciones. Trataremos primero el derecho concerniente a las personas”.

Acerca de las promesas (el ser que puede prometer)

Por Luis Aníbal Maggio⁴¹⁹

Resumen

“El hombre es el ser que puede prometer”, dijo Nicolai Hartmann. En su *Tratado sobre la naturaleza humana*, David Hume (1711-1776) ofrece atractivas ideas sobre las “promesas”, entre ellas su analogía con la “transubstanciación” de la misa y las “Órdenes sagradas”, así como las confusiones en que se incurre por el mal uso del lenguaje. Desde ese mirador, se analiza el texto de D. I. III, 1 (*Lex communis reipublicae sponsio*) y la “*sponsio*” como rito verbal simétrico para contraer obligaciones. El uso “sacramental” del lenguaje con su vis poiética parecería producir una duplicación de obligaciones (cumplir el *debitum* y cumplir las promesas), pero se trata de dos niveles: cumplir aquello a que se ha obligado es una obligación jurídica (coercible); cumplir las promesas, una “obligación moral” (*pacta sunt servanda*).

Palabras claves: virtud; artificio; egoísmo; obligación natural; obligación moral; promesa; *sponsio*; *stipulatio*

⁴¹⁹ Abogado. Profesor consulto de Derecho Romano (Universidad de Morón) y titular de Filosofía del Derecho (UCES). Miembro de ADRA.

Al analizar la obra de David Hume⁴²⁰ en torno a la cuestión de la obediencia a la ley, tuve la oportunidad de coleccionar algunas nociones que, recordando aquello de que “el hombre es el ser que puede prometer”, según Nicolai Hartmann,⁴²¹ me pareció que podrían ser interesantes para el enfoque de las promesas en el derecho romano desde la perspectiva de la filosofía moral. Quisiera y me resultaría muy grato compartirlas con los distinguidos colegas romanistas mediante esta comunicación.

I.

Hume denomina “obligación natural” a algo que regularmente ocurre por una disposición espontánea de la naturaleza humana originando en nuestra mente una secuencia esperable, “lógica” en sentido vulgar. Dado un antecedente “a” se sigue “naturalmente” “b”. Es “natural” que el amor del padre se corresponda con el cuidado de los hijos; si encuentro un accidentado, actuar como el buen samaritano (no como por deformación profesional primero nos ocupamos de quién sería la culpa), etc. Todo aquello que proviene de principios generales de la mente, sin intervención del pensamiento o la reflexión, es propio de las “virtudes naturales” que nos motivan a obrar espontáneamente de cierto modo. Pero el sentido de todo tipo de virtudes no es siempre natural, algunas producen placer y aprobación por medio de un artificio o mecanismo que surge de las circunstancias y necesidades de la humanidad. La justicia es una de ellas, es decir, una de las “virtudes artificiales”. Como los comportamientos modelados por las virtudes artificiales son “útiles” (en el sentido de favorecer el interés del individuo y la sociedad), producen satisfacción, se nos representan y lo

⁴²⁰ HUME, D. (2000). *Tratado de la naturaleza humana*. Libro III. Buenos Aires: Eudeba.

⁴²¹ HARTMANN, N. (2011). *Ética*. Madrid: Encuentro; HARTMANN, N. (2001). *El problema del ser espiritual*. Buenos Aires: Leviatán.

sentimos como algo “debido”,⁴²² lo aprobamos, es decir, le otorgamos una dimensión moral y se convierten en “obligaciones morales”. “El interés propio es el motivo original para el establecimiento de la justicia, pero la simpatía con el interés público es el origen de la aprobación moral que acompaña a esa virtud”.

Hume utiliza la expresión “artificial” como opuesto a lo “natural”, pero el hombre es una especie de inventiva, y cuando una inventiva es obvia y absolutamente necesaria puede decirse que es tan natural como cualquier virtud natural y no es impropio llamarlas “leyes de la naturaleza”, que “por muy necesarias que sean, son totalmente artificiales e inventadas por los hombres y, en consecuencia, la justicia es una virtud artificial y no natural”. Desde este punto de vista “como ningún principio de la mente humana es más natural que el sentido de la virtud, ninguna virtud es más natural que la justicia”.

Si la generosidad humana fuera ilimitada y los bienes suficientes para todos, la sociedad se desarrollaría pacífica y felizmente en este ámbito de normatividad. Pero como no lo son y no se puede descartar al menos un adarme de egoísmo en los seres humanos, se hace necesario un refuerzo garantizador.

Hay tres “leyes naturales”: estabilidad de la propiedad, su transferencia por consentimiento y *fidelidad a las promesas*.⁴²³ Para Hume, el estado de naturaleza de los contractualistas es pura ficción como la edad de oro y la sociedad no es, como creía Aristóteles, obra de la naturaleza. Admite en cambio la posibilidad de sociedades sin gobierno, que en un principio se habrían regido por la normatividad intrínseca de las obligaciones naturales y morales. Pero con el correr del tiempo el *egoísmo* generador de confrontaciones les puso en evidencia la imposibilidad de convivir sin restringir los intereses y apetitos de la especie, por lo que se les hizo necesario un gobierno cuyo origen no provendría, como en Hobbes, de la guerra de todos contra todos, sino de la guerra entre sociedades por la necesidad de

⁴²² En este punto, Hume previene contra la que Bentham llamará “falacia naturalista”, es decir, la deducción de un deber a partir de un hecho. Entiende que no hay una relación racionalmente fundamentada pues la moralidad no es objeto de la razón sino del sentimiento.

⁴²³ HUME. *op. cit.* Libro III, Secc. III, IV, V, se analizan específicamente las tres instituciones.

derrotar el enemigo. Históricamente los campamentos habrían precedido a las ciudades, la autoridad militar a la civil, las monarquías a las repúblicas. La unidad de acción frente al enemigo ofrece ventajas, como la seguridad, y lleva a la convicción de que es mejor mantenerla en forma permanente en tiempos de paz, a cuyo fin se impone organizar el poder creando un gobierno dotado de autoridad y leyes adecuadas. El gobierno no deriva de la naturaleza, pero la naturaleza proporciona mediante el juicio y el razonamiento el remedio al estado de anarquía haciendo entender a los hombres que la conflictividad de la sociedad proviene de la inestabilidad de los bienes externos y, a fin de dar estabilidad y goce pacífico de los que cada uno haya adquirido por su fortuna y habilidad, los induce a asociarse por un sentido general del interés común y a observar ciertas reglas. Tal solución no puede lograrse más que por una *convención* aceptada por todos los miembros de la sociedad. El gobierno (Estado) es, pues, algo “artificial”, producto de una convención basada en un interés común, cuya misión originaria consiste en asegurar el cumplimiento de las leyes de la naturaleza: *fijación de propiedad, de su modo de transferencia y cumplimiento de las promesas*. El gobierno se encuentra, pues, en un nivel distinto al de dichas leyes, que son fundantes de la vida social y están a su servicio.

Instituido el gobierno para el cumplimiento de tal misión, se designan los magistrados y se crea un repertorio de *reglas de justicia*. Procede entonces que los súbditos *prometen* obediencia a las autoridades elegidas y las leyes que dictaren, mientras el gobierno se *compromete* a cumplir adecuadamente su cometido y respetar las normas que han de regirlo. La convención básica oficia como fundamento inmediato de la institución del gobierno y fuente originaria del *deber de obediencia*. Ni el gobierno ni el acatamiento de los súbditos se fundan, como en el contractualismo típico, en el cumplimiento de una *promesa*. No hay gobierno que pueda mantenerse sin el cumplimiento de las promesas, que es una ley de justicia, pero las promesas no son causa sino *efecto* de la convención y no tienen un origen natural. Se basan en las necesidades e intereses de la sociedad. “La naturaleza humana no puede subsistir sin la asociación de individuos; y esa asociación no podría tener lugar si no se respetaran las leyes de la equidad y la justicia”.

Hay, pues, una convención básica sobre la utilidad de fundar un gobierno

a fin de poder convivir respetando las leyes de la naturaleza, una de las cuales es la de *fidelidad a las promesas*. A la constitución del gobierno sucede la promesa de obediencia, sin cuyo cumplimiento el gobierno no podría subsistir.

II.

Según la tradición, al deponerse al Soberbio, Junio Bruto reúne al pueblo y se instituye un nuevo régimen de gobierno, con magistraturas anuales y el imperio de las leyes, la *res-pública*, haciendo jurar que nunca más serían gobernados por un rey. En términos de Hume, la *res-pública* sería una “invención” (en este caso provocada por el terror que inspiraba la autoridad suprema), asegurada por un juramento o “promesa”⁴²⁴ común del pueblo romano: nunca más ser gobernados por una monarquía y someterse a los magistrados del nuevo régimen que, a su vez, al comenzar sus magistraturas se comprometen ante el pueblo a desempeñarlas fielmente. Al preguntarse qué era la *res-pública*, Escipión⁴²⁵ produce la caracterización que ha hecho fortuna a través de los tiempos: “*Est igitur, inquit Africanus, respublica, res populi; populus autem omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitate communionis sociatus*”. “Así pues la cosa pública es la que pertenece al pueblo, pero pueblo no es todo conjunto de hombres reunidos de cualquier manera, sino el conjunto de una multitud asociada por un mismo derecho que sirve a todos por igual” (traducción de D’Ors); “Así pues la República (cosa pública) es la cosa propia del pueblo, pero el pueblo no es toda reunión de hombres, congregados de cualquier manera, sino una consociación de hombres que aceptan las mismas leyes y tienen intereses comunes” (traducción de Guillén). Si lo que hace que la asociación de seres humanos sea una *república* es el consentimiento de un orden jurídico cuyas leyes que lo

⁴²⁴ TITO LIVIO. *Décadas*, Libro II; GAIUS (1987). *Institutas*. III. Traducción por A. Di Pietro. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 93, nota 96.

⁴²⁵ CICERÓN. *De Republica*, XXV.

⁴²⁶ Sobre la no sinonimia entre “*sponsio*” y “*iusiurandum*”, ver GAIUS, *op. cit.*, nota b.

componen son aceptadas por todos bajo promesa de obediencia, luce claro el fundamento y sentido de la definición de D. I. III, 1: “*Lex est... communis reipublicae sponsio*”. La ley es “pacto común de la república” (García del Corral), “promesa solemne común de la república” (Pontificia Universidad Católica del Perú). El Estado es una creación convencional de la inventiva humana que no podría sostenerse si no es acompañada por la solemnidad de una “promesa” sustentada en el interés común.⁴²⁶

Para Hume, el Estado es una convención establecida por la costumbre, no el resultado del célebre “pacto”. Considera totalmente erróneo el fundamento consensual del sistema político en cuanto pregona que al nacer todos libres e iguales, la autoridad superior solo puede establecerse por un consentimiento que impone una nueva obligación ignorada por las leyes de la naturaleza y, en consecuencia, los hombres deben obedecer a los magistrados por haberlo prometido, de modo que si no hubieran dado su palabra de acatamiento expresa o tácitamente, jamás se hubiera convertido en deber moral. Sostiene en cambio que, si bien en un principio la obediencia al gobierno es debida en virtud de la promesa de asegurar las convenciones básicas en pro de la utilidad común, con el correr del tiempo el gobierno, ya en pleno funcionamiento, logra otra fuente de legitimidad, sea invocando un interés (estabilidad, orden, etc), sea a un sentimiento moral consolidado por las costumbres. Se trata entonces de un fundamento distinto del deber de cumplir las promesas. Aunque durante cierto tiempo se mantenga la justificación por la promesa, en cierta forma se independiza del contrato conformando una “obligación y autoridad originales” sobre fundamentos propios. Los filósofos afirman que la sociedad es tan antigua como la naturaleza humana y las tres leyes fundamentales la emparan en antigüedad, por lo que es razonable que consideren a la justicia como una virtud natural y anterior a las convenciones. Hume sostiene que todo gobierno es una invención de los hombres, en su mayor parte conocida por la historia, por lo que, para poder afirmar que los deberes políticos configuran una obligación moral natural, es necesario ir más atrás, remontarse al origen de las instituciones. El mismo *egoísmo* que

⁴²⁶ Sobre la no sinonimia entre “*sponsio*” y “*iusiurandum*”, ver GAIUS, *op. cit.*, nota b.

crea los conflictos, al tomar una dirección nueva y distinta, astuta, oblicua y artificial en la pugna con las pasiones, genera la invención de las “reglas de la justicia” (propiedad, estabilidad, fidelidad). Pero si bien en principio ellas solas sustentan la sociedad, resultan luego insuficientes en sociedades más grandes y cultas, impulsando a los hombres a constituir un gobierno como una nueva invención para mantener aquellas ventajas y procurarse otras mediante una justicia más concreta. Las reglas de justicia y el gobierno son, pues, invenciones de las que derivan “deberes civiles”. Los deberes de la invención (obligación natural) como su obligación moral tienen el mismo origen (se establecen y adquieren dimensión moral a fin de remediar problemas de convivencia). Los “deberes civiles” están entonces absolutamente ligados a los naturales, pues han sido establecidos para el mejor cumplimiento de la función del gobierno: hacer cumplir las leyes de la naturaleza.

III.

En las relaciones humanas se pueden adoptar dos actitudes: una interesada y otra desinteresada. En ésta última se establece una relación noble y generosa de amistad y buenos oficios. En la otra, puesto que somos naturalmente egoístas y dotados de escasa generosidad, se privilegia el interés propio.

Dos hombres que reman juntos en una barca, dice Hume, lo hacen por convención o acuerdo sin necesidad de haberse formulado *promesas de uno a otro*. El sentido del interés común los mantiene cooperativamente en la travesía no mediante frases sino mediante actos. Este sentido del interés común surge lentamente de repetidas experiencias como ocurre con el lenguaje que se va instalando sin que medie promesa alguna, o el oro y la plata como patrón de pago. Poco a poco y sin concurso de las promesas, se consolida la confianza en la regularidad de las conductas entre semejantes y propicia la moderación y abstinencia en el disfrute de los bienes exteriores. No hay, pues, una causa específica motivadora de estos comportamientos, pero todos regular y espontáneamente los observan.

A la inexistencia de alguna causa determinada, salvo el común interés convergente, podría remontarse, a nuestro entender, el fundamento inspirador del célebre pasaje del Digesto II. XIV, 4: “*Sed quum nulla subest causa, propter (praeter) conventionem hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pacta obligationem non parit, sed parit exceptionem*”, que no otorga vis generadora de obligación alguna al nudo pacto. “En una acepción muy genérica se acostumbró a llamar pacta o convenciones a todos aquellos acuerdos que se formalizaban y que carecían de acción, oponiéndose a los contratos, que sí la tenían, De allí la denominación de nuda pacta (literalmente pactos desnudos)”. En las obligaciones *bonae fidei*, el árbitro judicial tiene más juego para su interpretación. El *iudex* trata de inquirir a la luz de la *fides* lo que quisieron las partes.⁴²⁷ Carencia de obligaciones jurídicas no por defecto sino, diríamos, por abundancia de virtud o conveniencia recíproca.

En la cultura ético-jurídica romana

nunca se pensó dentro de su ámbito que el mero intercambio de consentimientos, denominado pacto o convención, se identificaba con el contrato... Si existe un principio en derecho romano, más bien sería entonces el de la ineficacia jurídica de la palabra dada. “*Ex nudo pacto, actio non nascitur*”, regla que nunca será derogada, ni siquiera bajo Justiniano, a pesar de las disposiciones cada vez más numerosas con que se la reviste. El pacto desnudo depende en principio del abandono voluntario al otro, de la simple confianza, encarnada por Fides, la vieja diosa de los cabellos blancos, más vieja que el mismo Júpiter (porque hacía falta que ya estuviera para que fuese posible un orden en el mundo) y de la cual se dice se sienta a su derecha. En el origen, aquel que confía en la palabra ajena se excluye de las protecciones del derecho.⁴²⁸

Valga acotar que la oposición a los contratos se tiene que haber configurado mucho tiempo después por obra de la jurisprudencia. En aquellos primeros

⁴²⁷ DI PIETRO, A. (1982). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 309, 257.

⁴²⁸ SUPIOT, A. (2007). *Homo Iuridicus*. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 143/4/5.

tiempos se carecía de la noción de lo que llegaría a denominarse “contrato”. La teoría de los “*vestimenta pactorum*” fue elaborada por los glosadores.⁴²⁹

Las partes, sin embargo, no pueden permanecer por mucho tiempo en la incertidumbre y depender una de la gratitud de la otra para retribuirle con análoga bondad bajo el reinado de los nudos pactos o convenciones. Las leyes de la naturaleza relativas a la estabilidad y transferencias de las posesiones han aportado ventajas mutuas pero no bastan para hacerlas tan firmes como por naturaleza podrían llegar a ser. Es que los principios y las pasiones inherentes a la naturaleza humana son inalterables y fuente de desavenencias y conflictos, y aunque se lograra moderar el egoísmo y la ingratitud de los hombres, no habría una solución cabal a menos que interviniera la omnipotencia divina. La más feroz e incontenible pasión humana es, para Hume, la de adquirir bienes. El crudo egoísmo, padre de los conflictos, aconseja, dado que es tarea desesperada y batalla perdida enfrentar los movimientos impetuosos y precipitados de las pasiones, que lo único que los hombres pueden hacer para mejor satisfacer sus apetitos es “cambiar de dirección” de una manera “nueva y distinta, astuta, oblicua y artificial”. La fórmula más eficaz para poner en ejecución la nueva postura es una “cierta forma verbal”: la promesa por la que nos *obligamos* a realizar una acción, con respecto a la cual hallamos en Hume dos afirmaciones relevantes a los efectos de este trabajo: a) Una nueva promesa, dado que procede de un acto de voluntad, impone una *nueva obligación moral* al que promete y es “una de las operaciones más misteriosas e incomprensibles”, a punto tal que la compara con la “transubstanciación” en la misa y las “órdenes sagradas”,⁴³⁰ en las que las palabras crean el objeto (sacramento); b) sobre las promesas, los hombres se encuentran confundidos por sus prejuicios y uso engañoso del lenguaje.

“Cambiar de dirección” de manera *astuta, oblicua, artificial*, para Hume significa hacerle entender a los hombres que la mejor manera de poseer

⁴²⁹ *Ídem.*

⁴³⁰ Pronunciadas por el sacerdote las palabras rituales, el pan y el vino se convierten real y sustancialmente en el cuerpo de Cristo. Pronunciadas las palabras de la ceremonia de ordenación, el seminarista se convierte en sacerdote *in aeternum secundum ordinem Melquisedec.*

algo pacíficamente es mediante la agrupación en sociedad y el respeto a las leyes de la justicia (egoísmo inteligente). Este concepto de Hume nos hace hilvanar espontáneamente una cita del gran Vittorio Scialoja, al comentar sobre la apuesta en las acciones de la ley: “Se revela también aquí uno de los caracteres más salientes de todos los antiguos procedimientos, cual es no ir nunca directamente al objeto, sino seguir una línea oblicua”.⁴³¹

El prometer algo expresa la resolución de realizarlo y, al hacer uso de la fórmula, el promitente se expone al escarnio de que jamás se vuelva a creer en él. Pero la mera resolución no es suficiente, no crearía ningún motivo de obligación moral. Ninguna virtud o pasión natural lleva a la necesidad de cumplir las promesas. Son las convenciones humanas que crean un nuevo motivo, y la experiencia ha mostrado una tendencia a lograr nuevas ventajas si se instituyeran *símbolos o signos* por medio de los cuales pudiesen hacerse valer las promesas ante cualquier incidente particular. Valga acotar que *símbolo*, de *sym-balein* (lanzar a la vez), en su origen era una moneda o medalla partida que se entregaba como contraseña o prenda de amistad. Cada parte se quedaba con una mitad que podía ofrecer como prueba de esa amistad o alianza, si encajaba con la otra al ser ambas arrojadas. “*Symbolon*”, en griego, significa lo que se ha lanzado conjuntamente.⁴³² La expresión simbólica de una obligación es, en nuestro caso, esa “cierta fórmula verbal” mentada por Hume, que compromete al hombre a cumplir los compromisos en vez de esperar que, en caso de no cumplirlos, nadie vuelva a creerle. Por salvaje e inculta que sea la capacidad de la naturaleza humana, dice, una mínima experiencia histórica pone en evidencia que cuando un humano se percató del mismo sentido de interés en sus semejantes, tiende a cumplir su parte calculando un plan de acción para beneficio común y acuerdan ser fieles a sus palabras.

En el derecho romano tenemos dos formas simbólicas verbales de obligarse: “*sponsio*” y “*stipulatio*”.

⁴³¹ SCIALOJA, V. (1954). *Procedimiento Civil Romano*. Buenos Aires: Ejea, p.141.

⁴³² TRIAS, E. (1997). “Pensar la Religión.” En DERRIDA J. y VATTIMO, G. (eds). *La Religión. Seminario de Capri*. Buenos Aires: La Flor; FOUCAULT, M. (1984). *La verdad y las formas jurídicas*. México: Gedisa, p. 46.

El interés es, pues, lo primero que obliga a cumplir las promesas. Luego le acompaña un sentimiento moral (aprobación) y la promesa se convierte en una “*nueva obligación* para la humanidad”. Pero, si bien la promesa es una regla moral, la sola voluntad no genera obligación y la mera fórmula verbal no impone ninguna obligación moral. Establecida la fórmula como expresión de la voluntad, se convierte en la parte principal de la promesa y el promitente queda obligado aunque secretamente tenga una intención distinta o se abstenga de cumplirla. No obstante, no queda obligado si usare alguna expresión cuyo significado se desconoce y emplea sin ninguna intención de comprometerse, o lo hiciera en son de chanza con signos evidentes de no tener ninguna intención de compromiso: “Es necesario que las palabras sean un expresión perfecta de la voluntad, sin signos en contrario”. Sin embargo, estos supuestos son excepcionales y no debemos aceptar fácilmente que si por ciertos signos la persona no tiene intención de comprometerse, no queda obligado si la otra parte acepta la promesa. Todas estas contradicciones no podrán explicarse si la obligación de las promesas fuera algo real o natural surgido de la mente o del cuerpo. En este supuesto, las promesas se cumplirían inexorablemente. Se explican, en cambio, si las consideramos como una invención humana social.

J. L. Austin,⁴³³ el célebre autor de *Cómo hacer cosas con las palabras*, identifica el uso “performativo” del lenguaje, considerando a la expresión “te prometo” como uno de los actos realizativos más “intimidatorios”. En expresiones realizativas como “bautizo este barco con el nombre...” o “apuesto tanto a...”, aunque las acciones podrían realizarse de otra manera (romper la botella de champagne, colocar una moneda en una ranura), proferir las palabras es el *episodio principal* (Hume: *parte principal*), pero, aunque lo sea, no es lo único que se necesita para que el acto se haya llevado a cabo. Han de ocurrir ciertas circunstancias adecuadas, por ejemplo, que la persona sea la designada para el bautizo, que la puesta sea adecuada y aceptada, etc. Pero la fórmula realizativa “te prometo” es más enrevesada. Intuitivamente consideramos que quien promete no está bromeando o escribiendo un poema: está hablando con seriedad y esa seriedad proviene

⁴³³ AUSTIN, J. L. (1990). *Cómo hacer cosas con las palabras*. Barcelona: Paidós.

de que “nos sentimos inclinados a pensar que la expresión en que externamente se formula, sea por conveniencia o información, es un signo externo y visible, una descripción verdadera o falsa de un acto espiritual interno. Mi lengua lo juró, pero no lo juró mi corazón” (Hippolytus). Así, “te prometo (...) me obliga, registra mi adopción espiritual de una atadura espiritual”, “prometer no o es meramente cuestión de expresar palabras, se trata de un acto externo y espiritual”. Independientemente de toda otra circunstancia adecuada, lo sola enunciación realiza el acto, pues “la palabra empeñada nos obliga”.

Sabido es que la verdad o falsedad solamente puede predicarse de los enunciados *descriptivos*, es decir, si ocurre aquella “*adequatio rei et intellectu*” que viene desde los orígenes de la filosofía. Los demás enunciados, como las normas, no son verdaderos ni falsos. Sin embargo, de una promesa –*acto realizativo*– podemos formular el enunciado de que es verdadera o falsa, pensando en algo distinto. Es verdadera o falsa no porque se haya prometido algo imposible o no se haya cumplido, sino porque no es el reflejo del acto espiritual interno que nos obliga. Mientras para Hume las palabras, como vimos, han de ser una perfecta expresión inequívoca de la voluntad, sin signos en contrario, para Austin es la descripción del acto espiritual interno de la voluntad. Mientras para Hume cuando la expresión de la voluntad no es seria, la promesa no existe, para Austin cuando no refleja el acto espiritual interno es falsa.

En este punto, considerando que toda nueva promesa impone una *nueva obligación moral* que procede de la voluntad, Hume considera que “es una de las operaciones más misteriosas e incomprensibles que pueden imaginarse y hasta puede compararse con la transubstanciación y las órdenes sagradas”, por las cuales cierta forma verbal junto a cierta intensión transforma completamente un objeto externo (transubstanciación) y aun de una criatura humana (órdenes sagradas).

Veamos de qué se trata el concepto de transubstanciación. Según Von Rudlof,

el modo o mejor dicho el acto por el cual Cristo se hace presente en el Santísimo Sacramento es llamado por la Iglesia con una palabra latina: “transubstanciación” (substancia = substancia, naturaleza y trans = más

allá); por consiguiente, un tránsito de una naturaleza o substancia a otra, una mutación total de una substancia en otra. Quiere decir: por las palabras de la consagración que el sacerdote pronuncia en nombre y como instrumento de Cristo sobre el pan y el vino, la sustancia, la naturaleza del pan se muda en la sustancia del Cuerpo de Cristo, la sustancia del vino en la sustancia de la sangre del Señor, permaneciendo tan solo las apariencias, los “accidentes”, o sea las especies sensibles del pan y del vino.⁴³⁴

El canon 1333 del Catecismo de la Iglesia Católica enseña:

Los signos del pan y del vino. En el corazón de la celebración de la Eucaristía se encuentran el pan y el vino que, por las palabras de Cristo y por la invocación del Espíritu Santo, se convierten en el Cuerpo y la Sangre de Cristo. Fiel a la orden del Señor, la Iglesia continúa haciendo, en memoria de Él, hasta su retorno glorioso, lo que Él hizo la víspera de su pasión: “Tomó pan...”, “tomó el cáliz lleno de vino...”. Al convertirse misteriosamente en el Cuerpo y la Sangre de Cristo, los signos del pan y del vino siguen significando también la bondad de la creación (...). La Iglesia ve en el gesto de Melquisedec, rey y sacerdote, que “ofreció pan y vino” (Gn 14, 18), una prefiguración de su propia ofrenda.

En la liturgia de la ordenación sacerdotal, al serle impuestas las manos, el consagrado es convertido con carácter indeleble en “*sacerdos in aeternum secundum ordinem Melquisedec*”.

Hume estima que estas “doctrinas monstruosas” son puras invenciones clericales y no contemplan ningún interés público. La obligación de las promesas es una invención en interés de la sociedad y por ello se la distorsiona según los distintos intereses hasta hacer perder de vista su sentido. Los teólogos, advertidos del absurdo de que cierta forma verbal junto a una cierta intención transforma la naturaleza de un objeto externo y aun de una criatura humana, le adosaron que la intención del sacerdote, sea conocida u oculta, sincera o engañosa, establece el sacramento. Si la

⁴³⁴ VON RUDLOF, L. (1972). *Breve Teología para Laicos*. Buenos Aires: Club de Lectores.

suspende, no obstante ser sumamente criminal en sí mismo, destruye el bautismo, la comunión y las órdenes sagradas.

Las “terribles consecuencias” de estas doctrinas, según Hume, han sido trasladadas a las promesas, entendiéndose desde este mirador que la unión indisoluble de las palabras y la intención bien articuladas generan las promesas de cumplimiento obligatorio a modo de la transubstanciación y las órdenes sagradas, con olvido de su carácter artificial como invención social. En abono de su tesis, Hume apela al concepto de fuerza que invalida los contratos y nos exime de obligaciones. La fuerza no es esencialmente diferente de cualquier otro motivo de esperanza o temor que induce a comprometer la palabra y someterse a una obligación. El caso de un hombre gravemente herido que promete al cirujano una abultada recompensa si llega a curarlo y el de quien promete una suma al ladrón para que lo libere, no producirían una diferencia tan grande en nuestros sentimientos morales (positivos en un caso, negativos en el otro) si éstos, como en el caso de las promesas, no se basaran en el interés y la conveniencia públicas.

IV.

La mayoría de los autores acuerda en cuanto a que el concepto romano de “contrato” difiere en mucho del concepto moderno, así como que tampoco los romanos llegaron a elaborar una definición o una teoría a su respecto. Desde el reinado de la *fides* hasta el de los contratos hay un largo trecho histórico. Los romanos se dedicaron empeñosamente en “*contrahere obligationes*”, es decir, configurar, conformar, construir obligaciones bilaterales sea en función de la cosa (*reales, re contrahitur obligatio*), sea de las palabras (*verbis*), de la escritura (*litteris*) o el consentimiento (*consensu*).⁴³⁵

En el despliegue del “contraer obligaciones”, paralelo al desarrollo del comercio y *el ius gentium*, hasta llegar desde la convención al contrato,

⁴³⁵ DI PIETRO, *op. cit.*, cap. XI; SUPIOT, *op. cit.*, p. 143; SCHULZ, F. (1960). *Derecho Romano Privado*. Barcelona: Bosch. Quinta Parte I. Dig. 44, 7, 52; GAIUS, *op. cit.*, p. 89.

fueron especialmente necesarias ciertas formas simbólicas, entre ellas la *sponsio* y luego la *stipulatio*. Es decir, aquella “cierta forma verbal” mentada por Hume como similar a la “transubstanciación” y las “órdenes sagradas”, que desempeñaron un papel relevante. La primera propia de los ciudadanos romanos; la segunda, del *ius gentium*.⁴³⁶

Como explicara Alfredo Di Pietro,⁴³⁷ la terminación “*mentum*” en latín significa medio por el cual algo se realiza; *Alimentum*, medio por el cual nos nutrimos; *Docu/mentum*, medio por el cual se acredita algo; *Vest/imentum*, medio por el cual nos cubrimos; *Test/amentum*, medio por el cual se crea una situación jurídica; *Sacra/mentum*, medio por el cual algo se vuelve sacro, etc. En la “*actio legis per sacramentum*”, el destino de la apuesta destinada al culto de los dioses era lo que la convertía en sagrada. En la transubstanciación católica, las palabras del canon convierten el pan en el cuerpo y el vino en la sangre de Cristo. Son palabras “sacramentales” (*certae et solemnia verba, no concepta verba*)⁴³⁸ que deben pronunciarse “*ad pedem litterae*”, de lo contrario no surten efectos. Algunos sacerdotes padecen un trauma llamado “*psicastenia*” que les hace repetir y repetir las palabras de la Consagración por el temor de haberlas pronunciado indebidamente.⁴³⁹

El lenguaje del derecho es “deóntico” en cuando se construye con oraciones de “deber”. Cuando el “deber” aparece configurado por el solo uso de las palabras, tenemos las que la doctrina denomina fórmulas “sacramentales” o “solemnes”. La lingüística y la filosofía del lenguaje modernas han detectado en este uso del lenguaje un uso “performativo”, “realizativo” u “operativo”: las palabras cumplen una “performance”, un papel determinante, hacen realidad algo que antes no existía.⁴⁴⁰ Desde las primeras lecciones de derecho civil hemos aprendido a distinguir entre las formas “*ad probationem*” y “*ad solemnitatem*”. En los actos jurídicos *ad solemnitatem*

⁴³⁶ GAIUS, *op. cit.*, p. 93.

⁴³⁷ GAIUS, *op. cit.*, IV, IB, 13/17, nota 14.

⁴³⁸ *Ídem*, 30.

⁴³⁹ DERISI, O. (1951). “La Psicastenia.” En Seminario Mayor San José, La Plata.

⁴⁴⁰ AUSTIN, *op. cit.*; CARRIÓ, G. (1986). *Notas sobre el derecho y el lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

y en los contratos literales o abstractos se abstrae de toda causa motivadora de la obligación; ésta surge de la mera forma verbal o escrita. En el primer caso, no cumplidas las formas, se entiende no probado un hecho que, sin embargo, pudo haber existido. En el segundo, lisa y llanamente no existe. El incumplimiento de las formas *ad probationem* acarrea una posible anulabilidad; de las *ad solemnitatem* (que no por casualidad se las suele denominar “sacramentales”), nulidad, inexistencia, el ente jurídico nunca se configuró. Son palabras “creadoras” de un estado jurídico (los declaro marido y mujer, lo instituyo mi único y universal heredero, etc.) y todo lo que tenga alguna vis creadora transmite la sospecha de contener algún plus, algo más que el mero sentido semántico de los fonemas, para la mentalidad primitiva, la referencia a alguna fuerza divina o misteriosa.⁴⁴¹

En el antiguo derecho, “hacer el *ius*” significaba haber cumplido con los ritos procesales consistentes en actos gestuales y palabras. El solo cumplimiento de las formas creaba un derecho. De allí la importancia determinante de que el actor pronunciara exactamente las palabras correspondientes a la acción iniciada y el demandado las preceptuadas para la respuesta; que se dijera “vides” en vez de “árboles cortados” (*de arboribus succisis*) aparejaba de perder el juicio.⁴⁴² Si a “*centum tibi dari promitto*”, se respondía “*accipio*”, la situplación era “*nons existens*”.⁴⁴³ Es que para el hombre antiguo la palabra, como muchos otros entes, está investida desde cierta cualidad mágica, misteriosa, de cierta fuerza “poética”. Con encantamientos (palabras) se puede arruinar una cosecha.⁴⁴⁴ Esa potencialidad de la palabra creadora se nutre de una profunda significación religiosa y subsiste como estratificada en numerosos conceptos jurídicos, produciendo una “fossilización estructural y metamorfosis histórica”. “El concepto tradicional de derecho en sus presupuestos inmanentes es de naturaleza mágica”.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ DI PIETRO, A. (1968). *Verbum Iuris*. Monografías. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

⁴⁴² GAIUS, *op. cit.*, IV, 11.

⁴⁴³ SCHULZ, *op. cit.*, quinta parte, 2.

⁴⁴⁴ Ley de las XII Tablas, tabla VIII.

⁴⁴⁵ ROSS, A. (1997). *Hacia una ciencia realista del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; DI PIETRO, *Verbum Iuris*, *op. cit.*

Lo característico de la “*sponsio*”⁴⁴⁶ es la correspondencia o simetría que debe darse entre las palabras rituales de pregunta y respuesta: *spondes – spondeo*. En la *stipulatio: promittis – promitto*. El intercambio verbal obedece a la correspondencia anterior que regula el acto de responder: *respondes – respondo*. Ergásilo le avisa a Hegión que su hijo desaparecido va a volver. Hegión le *promete* a Ergásilo que si es así, lo alimentará todos los días. *Spondes tu istud – spondeo* (¿prometes tú esto?) – *Promitto*. Y Ergásilo a la vez *se compromete*: *At ego tuum tibi aduenisse filium respondeo* (yo te garantizo que tu hijo ha llegado).⁴⁴⁷ Ahora bien, “respondes – respondo” genera un “*responsum*” (respuesta); “*spondes – spondeo*”, genera un “*sponsio*” (promesa); “*promittis – promitto*” genera un “*promissum*” (promesa, vaticinio). Del intercambio verbal resulta, como en un parto, un sustantivo. El participio de “contrahere” –*contractus*– es muy poco usado en el derecho romano como sustantivo.⁴⁴⁸

La sacralidad de la forma ritual, en este caso “*spondes – spondeo*”, alumbraba una nueva entidad (*la promesa*), es decir, no simplemente la expresión simbólica de que alguien se compromete a cumplir algo arriesgando la “*fides*”, sino algo distinto, objetivo, cuya naturaleza es la de requerir ser cumplido (y por la magia de la palabra, en forma inviolable, sagrada). Para ilustrar con ejemplos la fuerza constrictiva inapelable del “imperativo categórico”, Kant recurre precisamente a la promesa: no cumplir una promesa sería un acto irracional, autocontradictorio, porque la promesa es algo que debe ser cumplido. Hoy, por boca de Karl-Otto Apel, diríamos una “autocontradicción performativa”, algo que no puede negarse sin incurrir en contradicción.⁴⁴⁹

Esta especie de “transubstanciación” producida por las palabras provocaría una doble normatividad. En la obligación de dar una suma de dinero, lo que “ob-liga” es el “*debitum*” de entregar esa suma, por una parte, y el

⁴⁴⁶ GAIUS, op.cit. III, 92. Vide nota 96 sobre el sentido religioso, juramento, voto y praedes.

⁴⁴⁷ PLAUTO, *Captiui*, 898/99; DERRIDA, op. cit., p. 51.

⁴⁴⁸ VILLEY, M. (1958). *Archives philosophie du droit*. XIII.

⁴⁴⁹ KANT, I. (1946). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Buenos Aires: Espasa-Calpe. IV, p. 403; CARPIO, A. (1982). *Principios de Filosofía*. Buenos Aires: Glauco, cap. X, p. 24; APEL, K. (1998). *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona: Paidós.

de devolverla, por la otra. La obligación puede “contraerse” de distintas formas según provengan de contratos, cuasi contratos, delitos, cuasi delito o diversas figuras de las causas.⁴⁵⁰ Pero si se ha dado una promesa en uno u otro sentido, desde este uso sacramental del lenguaje se le superpondría la “obligación de cumplir la promesas de entregar o devolver”. En otras palabras, ¿con la expresión lingüística “promesa” alguien se obliga a dar, hacer o no hacer algo respecto de otro⁴⁵¹ o a cumplir la promesa de hacerlo? ¿Es una nueva y distinta obligación o un refuerzo de una obligación?

Dice Hume: “Los hombres a menudo se obligan a sí mismos con promesas a hacer lo que de todos modos hubiera sido de interés para ellos, independientemente de las promesas, como cuando dan a otro una garantía más plena que sobreagrega una nueva obligación de interés a aquella a la que ya estaban comprometidos”. Schulz⁴⁵² distingue la “*sponsio*” en sentido amplio (toda estipulación que usan las partes para “*spondere*”) y en sentido estricto (garantía creada por estipulación), pero no queda aclarado si la primera acepción pudiera entenderse o no en el sentido de Hume.

En abono de la tesis de las promesas como generadoras de una obligación propia y distinta (la de cumplir las promesas generadas por el ministerio de las palabras empeñadas), podríamos recordar que ya la Ley de las XII Tablas había establecido: *uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, o la cita de Próculo, según la cual si el marido ha prometido devolver la dote por cien, queda obligado aunque no existiera ninguna dote.⁴⁵³ Para la contraria, los numerosos supuestos de estipulaciones “inútiles” que comenta Gaius,⁴⁵⁴ aunque en éstas la inutilidad (inexistencia según Schulz), no provienen del desacople de las palabras y la intención inequívoca (Hume) o del elemento interno espiritual (Austin) sino de determinadas circunstancias.

⁴⁵⁰ GAIUS, *op. cit.*, III, 88.

⁴⁵¹ Sobre la justicia como “constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo” Hume hace interesantes consideraciones para mostrar la artificialidad de la justicia.

⁴⁵² *Op. cit.* Cap. I. De los contratos, 839.

⁴⁵³ Dig. 45, 1, 21. GAIUS, *op. cit.*, III, 95.

⁴⁵⁴ GAIUS, *op. cit.*, III, 95 y ss.

Quien lee el “texto” de la ley entiende configurada la obligación por el solo uso de las palabras o formas legales. Pero quien analiza científicamente ese texto advierte que, aunque no se exprese la causa de la obligación, no hay obligación sin causa, no se la exterioriza pero está necesariamente supuesta. Nadie puede obligarse a nada, si se obliga es a algo que se expresa o se da por supuesto. En consecuencia, se haya contraído la promesa de cumplir una obligación o se afiance la contraída con una promesa de cumplirla, el efecto es el mismo: hacer, dar, prestar o no hacer algo. ¿Qué es entonces lo que nos hace intuir que no es lo mismo cumplir una obligación que cumplir una promesa (que también es una obligación)? ¿Qué sentimiento “natural” llevaría a la obligación de cumplir las promesas?, se pregunta Hume. En las virtudes naturales hay una inclinación “natural” que lleva a socorrer al desgraciado, al padre a velar por sus hijos, etc. ¿Qué sentimiento “natural” llevaría a la obligación de cumplir las promesas? Ninguno, si lo hubiera. Las promesas “naturalmente” (necesariamente) se cumplirían, pero el hecho es que no siempre se cumplen. Solamente el *sentido del deber* fundado en las necesidades de la sociedad y la “simpatía con el interés público” fundan la obligación de cumplirlas. Y por cuanto en este sentido resulta beneficioso, se aprueba como virtuosa la conducta cumplidora y viciosa la contraria, en otras palabras, recibe la “aprobación” que lo convierte en una “obligación moral”. El acto mental que interviene en una promesa, dice Hume, no es la resolución, ni el deseo, ni la intención, sino la “voluntad de cumplirla obligación que surge de la promesa”. Cuando al interés lo acompaña el sentimiento moral de aprobación, por producir efectos beneficiosos, se convierte en una *nueva obligación* para la humanidad. Es decir, a la sola obligación jurídica (dar, hacer, no hacer) se le superpone como una nueva y distinta dimensión, una sobrecarga normativa (deber hacer lo prometido), un imperativo moral. El obligado por la promesa formulada no arriesga solamente una cosa, un obrar o una abstención. Arriesga el sentido de su propia integridad moral como persona.

El principio ordenador más antiguo de las relaciones humanas es, según Kelsen,⁴⁵⁵ el principio o “regla de la retribución”: *si haces un bien,*

⁴⁵⁵ KELSEN, H. (1934). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, cap. I.

serás compensado; si un mal, castigado. Hay, pues, una inclinación natural hacia lo bueno en virtud de la cual “naturalmente” devolveríamos lo que se nos ha prestado, ayudaríamos al necesitado, no lesionaríamos a quien queremos, etc. Pero, lamentablemente, a todos nos pasa lo que le pasaba a Publio Ovidio Nasón (*Metamorfosis*): *video meliora proboque, deteriora sequor* (veo lo mejor, lo apruebo, pero sigo lo inferior). Frente a las emboscadas de la tentación del mal, para torcerla y hacerle cambiar de dirección, los humanos inventaron de manera astuta, oblicua, artificial, la agrupación en sociedad, y para cumplir las obligaciones naturales y civiles, la fórmula verbal de la promesa. A la propensión natural o interesada de cumplir las obligaciones, como anticipándose y en prevención de pasiones desviadoras, le encimaron una especie de sobrefuerza normativa a la obligación jurídica de cumplirla: la obligación moral de cumplir porque se ha prometido. No solo se obligan a cumplir, además se comprometen, *garantizan* mediante promesa que cumplirán. Pero el que promete no solo se obliga frente al otro con un lazo coactivo, sino que moralmente se auto-obliga consigo mismo. En este sentido, H. L. A. Hardt⁴⁵⁶ se refiere a las promesas como modo de auto-obligación mediante “palabras que proferidas o escritas por personas calificadas por estas reglas, siguiendo el procedimiento especificados por ellas, crean obligaciones”. En el promitente, dice, pueden distinguirse dos personas: una que actúa como creador de obligaciones y otra que, como persona obligada, ordena a la otra (a sí mismo) hacer algo. Es una forma de crear derecho, dentro de un sistema coercitivo, sin necesidad de coacción.

El orden jurídico como tal sanciona coactivamente el incumplimiento de tal o cual obligación, no una supuesta obligación (jurídica) incumplida de honrar las promesas. Si no cumplo, el otro me lo hará cumplir hasta con “el brazo armado del derecho”. Si cumplo, satisfaré más o menos al otro, pero, es lo más importante, estaré en paz conmigo mismo. He aquí, en palabras de Jürgen Habermas, la “gracia” del derecho que establece las obligaciones, pero deja al arbitrio del ciudadano el modo de cumplirlas: evitar la sanción jurídica o por razones morales (cumplir las promesas). “El

⁴⁵⁶ HARDT, H. L. A. (1977). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, cap. III.

derecho moderno permite sustituir convicciones por sanciones dejando a discreción de los sujetos los motivos de su observancia de las reglas, pero imponiendo coercitivamente esa observancia”.⁴⁵⁷

La obligación moral de cumplir las promesas aparece en Concilio de Cartago⁴³⁸ (*pacta servetur, pacta custodiantur*) y, por obra de los canonista medioevales, se expresará en el célebre imperativo “*pacta sunt servanda*” que oficiará como norma básica universal bajo cuya cúpula el derecho, en palabras de Kelsen, se convierte “la organización de la humanidad y, con esto, se vuelve uno con la ética más alta”.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ HABERMAS, J. (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta, cap. I.

⁴⁵⁸ FERRARO, E. A. (1989). “Límites de la moral en la reforma de la Constitución”. En *Revista Latinoamericana de Filosofía*, Vol. XXV, Nº 2.

Evolución de la idea de culpa: del Digesto 9.2 a la responsabilidad de los profesionales liberales en el Código Civil y Comercial de la Nación

Por Gastón L. Medina⁴⁵⁹

Resumen

El análisis de la idea de culpa en su desarrollo histórico ha sido un tema de continuo debate y estudio para la doctrina jurídica autoral de todo tiempo y lugar, alcanzando su máxima expresión en la moderna teoría de la responsabilidad, de desarrollo inconcebible sin aquella.

La idea de culpa ha configurado, pues, uno de los grandes logros del pensamiento jurídico antiguo toda vez que ha explicado las razones jurídicas por las cuales una determinada conducta resulta reprochable, ergo,

⁴⁵⁹ Abogado (UNLP). Especializado en Derecho Social (UNLP). Docente de Derecho Romano en UNLP, UNPAM y UBA. Doctorando en la carrera de Doctorado en Ciencias Jurídicas (UNLP). Diplomado en Derecho Romano (UAI). Secretario del Instituto de Historia y Derecho Romano del CALP. Miembro de ADRA y AIDROM. Contacto: medina_gaston@yahoo.com.ar.

atributiva de la obligación de reparar, ya bien el daño causado (responsabilidad resarcitoria), ya bien el riesgo creado (responsabilidad preventiva) de que un daño acontezca, continúe o se agrave.

Así, su evolución conceptual; sus distintos criterios de apreciación; su estrecha conexidad lógica con los elementos objetivos antijuridicidad y causalidad; los supuestos de presunción de su existencia; su prueba y la inversión de su carga. Todo lo cual ha hecho de la culpa una de las ideas de mayor vigencia e interés en la arena del estudio del derecho, desde la célebre *Lex Aquilia*, pasando por el Libro segundo del Digesto, hasta nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación.

Palabras claves: culpa; antijuridicidad; causalidad; *Lex Aquilia*, responsabilidad civil.

I. Introducción

Suele pensarse a la culpa, actualmente, como un factor subjetivo de atribución de responsabilidad circunscripto exclusivamente a los casi impenetrables muros de la voluntad del agente dañoso. Lo cual es cierto, pero asimismo (hete aquí el exabrupto), como un elemento desprovisto de toda objetividad y distanciado, por caso, del elemento antijuridicidad (arts. 1717, 1737) o, más todavía, en franca oposición al elemento objetivo por antonomasia, la causalidad (arts. 1726, 1728), merced a la vinculación de éste último a los factores objetivos de atribución de los daños acaecidos por el riesgo de la cosa o actividad, o por el hecho del dependiente, es decir, a los supuestos tradicionales de la llamada responsabilidad objetiva.

Sin perjuicio de la certeza y razón de ser de estas afirmaciones, cabe decir que la idea de culpa ha tenido –y aún conserva– mucho más de “objetividad” de lo que podríamos imaginar.

Así, el presente trabajo tiene por objetivo la explicación, razonada y fundada, de los motivos que habilitan, al menos, a poner en tela de juicio dicha concepción tradicional, pergeñada y reiterada por el clamor de la doctrina autoral y jurisprudencial más vernácula.

Formulado el enunciado inicial, pasemos al análisis de la cuestión, partiendo desde el origen más remoto de la idea de culpa, pasando por sus estadios intermedios, hasta arribar a su recepción en el actual Código Civil y Comercial de la Nación y, en especial, a su regulación en materia de daños causados por la actividad de los profesionales liberales (art. 1768).

II. La idea de culpa y su evolución

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 1716, define a la responsabilidad civil y unifica los regímenes tradicionales de responsabilidad (contractual/extracontractual), centrándose en el elemento antijuridicidad que, conforme el artículo 1717 del mismo cuerpo, es de tipo objetiva y concreta. Es decir, que no remite a una antijuridicidad genérica y abstracta, como el sentido de aquella cita de Ulpiano de Corpus, D. 9. 2, cuando dice *“sed quod non iure factum est”* (aquello realizado en contra del ordenamiento jurídico), sino en relación a un daño o perjuicio concreto y objetivamente reconocido, contra un interés lícito o no reprobado por la ley. Vinculando, de este modo, la idea de “antijuridicidad” con la de “daño-antijurídico”.

Asimismo, tampoco se trata de una antijuridicidad formal sino material, que halla configuración ante la lesión a cualquier interés no reprobado expresamente por la ley, sin necesidad de tratarse de un interés previo y expresamente reconocimiento, es decir, de un derecho subjetivo.

En este sentido, el actual artículo 1737 define al daño como todo perjuicio o lesión, a un derecho o a un interés no reprobado por la ley, siempre que no halle causa de justificación.

De este modo, podemos afirmar que para el actual Código la antijuridicidad se configura mediante la “producción objetiva de un daño concreto y cierto a cualquier interés humano no reprobado expresamente por la ley,⁴⁶⁰ cuando no halle una causa de justificación jurídica”.

⁴⁶⁰ Como veremos más adelante, la creación de riesgo de daño, su continuación y/o agravamiento también configurara responsabilidad civil, en su función preventiva (conf. arts. 1710 a 1715 del CCyCN).

Siendo ello así, es válido afirmar que en la lógica del actual cuerpo la violación del precepto *“alterum non laedere”* (Ins. Ulp. I. i.10), es decir, la lesión al “deber de no dañar” (expresamente referida en la primera parte del art. 1716)⁴⁶¹ que no tenga una causa legal de justificación (legítima defensa, estado de necesidad o ejercicio regular de un derecho, según el art. 1718), ni de eximición (caso fortuito, fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por quien no se deba responder, etc.), será razón suficiente para la configuración de responsabilidad civil,⁴⁶² ergo, para el nacimiento de la obligación “de reparar”, ya el “daño causado”, ya el “riesgo” de que un “daño acontezca, continúe y/o se agrave”, cuando aún no haya sucedido. Como se observa, la alteración al estado normal de indemnidad, propia a todo riesgo, resulta suficiente para la configuración de responsabilidad civil (en su faz preventiva) en el actual cuerpo legal.

Sin embargo, no sería justo atribuir exclusivo reconocimiento al mérito de la reforma de 2015, puesto que, en rigor de verdad, la finalidad preventiva de los instrumentos jurídicos ya fue reconocida por el derecho romano cuando se otorgó acción a quien acreditase un “temor de daño” serio y fundado (*cautio damnum et uscausae*).

Bajo esta comprensión, el respeto a la indemnidad⁴⁶³ de la persona y de sus bienes es consecuencia del cumplimiento de una regla de previsión “media” que, conforme las circunstancias de persona, modo, tiempo y lugar, obliga a todo sujeto-agente a su observancia.

Así, dicho cumplimiento, no es consecuencia de las reglas del azar ni de la casualidad, sino de un conocimiento correcto y acertado de la regla de la causalidad⁴⁶⁴ material de los hechos, que deja de serlo ante

⁴⁶¹ La norma dice: “Deber de reparar: La violación al deber de no dañar a otro...”

⁴⁶² En principio y al solo ejemplo digamos, por ahora, resarcitoria.

⁴⁶³ El principio de indemnidad halla su fuente constitucional en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional cuando dice: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados” (destacado nuestro).

⁴⁶⁴ Oportunamente, explicaremos los fundamentos de la intrínseca relación entre la idea de culpa y la idea de causalidad.

el discernimiento fallido e injustificado del agente, al que remite la idea romana de culpa hasta nuestros días. Porque, en rigor de verdad, lo que el derecho romano reprochó del acto u omisión culposos no fue la malicia perniciosa del dolo (ausente por definición), sino el yerro de discernimiento sobre la regla media de previsibilidad impuesta, ya bien a un sujeto determinado o en especiales circunstancias (*in-concreto*), ya bien al ciudadano común (*in-abstracto*).⁴⁶⁵

Sentado lo dicho, podemos aseverar, conforme esta exégesis, que el sistema de los artículos 1716, 1717 y 1737 del actual Código Civil y Comercial de la Nación consagra una antijuridicidad de tipo “objetivo”, “concreta” y “material”, que se traduce en “todo daño causado injustamente” (responsabilidad resarcitoria), o en todo riesgo, agravamiento o continuación del daño, que resultan injustos (responsabilidad preventiva), esto es, sin causa de justificación legal (1710, 1711, 1712, 1716, 1717, 1737, ss y cc).

Podemos advertir que la idea de culpa moderna es de clara reminiscencia romana, puesto que fue el derecho romano el que, ante la limitada sanción de la Ley de las XII Tablas, acotada al dolo, amplió los supuestos de responsabilidad civil, inculcando al autor de un acto u omisión que causare un daño injusto (*damnum iniuria datum*).

Así, la conducta “injuriosa” dejó de estar vinculada exclusivamente al daño intencional (delito de contumelia), para relacionarse con la “imprudencia, negligencia y/o impericia” riesgosas y/o dañosas, esto es, con el incumplimiento del deber de prevención del daño.

En el estudio de los textos romanos, es célebre el caso del podador (*podator*) comentado por Quinto Mucio Scaevola (siglo I a. C), para quien la razón principal de reproche era la falta de previsión del riesgo dañoso inherente a la actividad respecto de los transeúntes, con prescindencia de toda otra consideración, como por caso el carácter público o privado de la heredad.

La idea de culpa queda así identificada con la idea de antijuridicidad en el sentido de daño injusto, de “*iniuria*”. Indudablemente, estamos ante

⁴⁶⁵ La fórmula genérica aludía a “el cuidado propio y esperado de un buen padre de familia.”

una idea “objetiva” de la culpa, vinculada a la ausencia de una razón legal y objetiva que justifique la falta de previsión dañosa del agente, más allá de la conducta en sí misma.

La figura del “*damnum iniuria datum*” nos remite a la idea de injuria receptada en la famosa *Lex Aquilia*, del siglo III a. C., del derecho romano. En dicha ley (en rigor se trató de un plebiscito que adquirió fuerza legal por efecto de la Ley Hortensia), la “idea de culpa” es asimilada a la “idea de injuria” en el sentido de todo daño injustamente causado (“*damnum iniuria datum*”) como causa principal de reproche.

A su turno, la codificación justiniana (S. VI) conservó este significado, a través de la recepción de la idea de culpa en los “*casus*” analizados a partir del Título segundo del Libro Noveno del Digesto (D. 9. 2), cuya rúbrica inicial, “*De Legem Aquiliae*”, no deja margen de duda.

Como puede apreciarse, esta idea primigenia de culpa (*rectius*: injuria) no remite a una responsabilidad de tipo punitiva basada en el castigo de la mala intención maliciosa (dolo), sino a otra de tipo resarcitorio, basada en el fin reparatorio o compensatorio del perjuicio o daño injustamente padecido. Las expresiones latinas “*in integrum restitutio*”, aplicada al incumplimiento de una obligación, o “*statu quo anque*”, propia de otros ilícitos dañosos, son muestras clara de ello.

En este sentido, la idea romana de culpa significó un innegable progreso no solo respecto a la concepción arcaica de la Ley Decenviral, sino asimismo sobre toda la cultura jurídica antigua, toda vez que logró superar las limitaciones derivadas del rígido concepto de dolo, que era regla, en la responsabilidad de los casos de injuria (contumelias) previstos por aquella legislación arcaica, en la que se sancionaba solo los daños dolosos que, además, hayan sido causados por la “acción directa” del agente (“*corpore corporidatum*”). Como ocurría en los supuestos “*membris ruptio autos siffractio*” (Tablas VIII y IX), en los que el daño era consecuencia de un golpe directo (“*pugnus*”; “*ictus*”), o del impacto con un objeto contundente (daño con la cosa) o, en su faz moral, la lesión maliciosa y directa del honor de otro (“infamia”), o los embrujos o maldiciones a personas, cosas o lugares (“*Carmen furiosus*”), todas estas figuras delictivas regidas por la malicia perniciosa del dolo.

Sin embargo, el requisito de la causalidad directa, a la que alude la ex-

presión “*corpore corporidatum*”, seguía siendo un obstáculo a superar por la tarea de los jurisprudentes.

La expresión “*corpore corpori*”, que exigía la existencia de un daño causado por acción propia y directa del agente (“cuerpo sobre cuerpo”), logró ser superada recién con la vinculación de la idea de culpa al “error de conocimiento no excusable de la relación causal existente entre el acto u omisión y sus consecuencias dañosas”, que no tardó en manifestarse como un claro signo del progreso científico que se vislumbraba hacia fines de la República.

Será a partir del derecho romano clásico (que no sin razón fue llamado “época de oro”), entre los siglos I a. C. a III, cuando del serio y constante trabajo de las escuelas de jurisprudentes surgirá la idea de culpa vinculada al objetivo elemento de la causalidad. Nace así, por vez primera, la noción de causa determinante (“*conditio sine qua non*”) que, siglos más tarde, será tratada en detalle por los Títulos 2 y 3 del Libro 9 del Digesto. Así, mientras el título segundo preveía distintos supuestos incluíbles en la categoría tradicional de causalidad elemental o directa “*corpore corporidatum*”, el título tercero ampliaba sus implicancias sobre una serie de casos que excedían la causa directa del hecho propio del agente, al circunscribirse a supuestos de daño con las cosas colocadas o suspendidas (“*positum et suspensus*”) y/o derramadas (“*deiectum effusum*”); por aquellas de las que se sirve; daños con animales (“*pauperies*”); daño por el hecho del dependiente, responsabilizando al dueño o guardián, o al principal, respectivamente. Asimismo, se ratificó la protección preventiva del daño, mediante la ya citada “*cautio damnun metus causa*”.

Más allá de la distinción temática que no dejó de ser una cuestión netamente metodológica, ambos títulos del Digesto tuvieron como denominador común la consideración de una idea de culpa estrechamente vinculada al objetivo elemento de la causalidad determinante. Tanto así, que lo que resultó reprochable, ergo, antijurídico, fue el yerro inexcusable de discernimiento por parte del agente sobre la relación causal de los hechos, al grado de la condición determinante del daño.

Dicho de otro modo, lo que se reprueba en el obrar culposo es haber contribuido a la producción del daño en grado de condición determinante, mediante la falla o falta total de previsión sobre el debido cuidado sobre las

cosas de su propiedad, guarda o uso, o sobre el obrar de sus dependientes o sujetos a su cargo.

En síntesis, si bien es cierto que esta idea de culpa tiene de “subjetivo” su necesaria remisión a un error inexcusable de discernimiento, configurando éste un elemento integral de la voluntad junto a la intención y a la libertad, de igual modo adquiere “objetividad” de su estrecha e inescindible vinculación al objetivo elemento de la causalidad.

Por su parte, el artículo 1768 del actual Código regula la responsabilidad de los profesionales liberales por los daños causados por motivo de su actividad.

Ante todo, cabe decir, que los artículos 1756, 1757 y 1758 del actual cuerpo receptan los tradicionales supuestos de la llamada responsabilidad objetiva (daño con la cosa; daño por el riesgo y/o vicio de la cosa y/o la actividad; hecho del dependiente).

Sin embargo, sin razón aparente, se derogó el supuesto de inversión del “*onus probandi*” de la culpa previsto en el Código de Vélez conforme la reforma introducida por la Ley 17711 al artículo 1113, referido al caso del daño con la cosa no riesgosa ni viciosa, en los que la culpa se presumía debiendo el demandado demostrar su falta de culpa, a razón de que se extremaban los cuidados debidos y esperados. Más allá de ello, en general la regulación sigue siendo la misma.

Lamentablemente, no podemos decir lo mismo en relación al supuesto contemplado en el artículo 1768 de nuevo Código. A su respecto, cabe decir que estamos en presencia de una discriminación positiva en favor de un grupo social determinado por los profesionales liberales.⁴⁶⁶ Las múltiples razones que justifican la tacha de inconstitucional y convencionalidad de esta norma excederían con creces el objetivo del presente trabajo, justificando su específico abordaje en otro estudio. En síntesis, la norma dispone que la responsabilidad, en estos casos, estará regida por las reglas de las obligaciones de hacer, siendo la responsabilidad “subjetiva”⁴⁶⁷ salvo

⁴⁶⁶ Conforme el Código, aquellos profesionales que gozan de título habilitante; están matriculados en una Colegiatura, y sujetos a un control de Código de ética a cargo de un Tribunal de Disciplina.

⁴⁶⁷ En el sentido de su atribución por culpa y su naturaleza de obligación de medio.

que se hubiere comprometido un resultado concreto. A renglón seguido, dispone la no aplicación (sin esgrimir razón jurídica alguna) a los daños causados por la actividad de los profesionales liberales mediante el empleo de “una cosa”, del régimen de responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa previsto en el comentado artículo 1757, dejando a salvo su implicancia cuando el daño haya sido causado por el vicio de la cosa empleada. De este modo, se consagra una distinción arbitraria en beneficio de un grupo social determinado, sobre la que la jurisprudencia tendrá el deber público de sometimiento al control constitucional y convencional de los tratados como medio de tutela real y efectiva a favor de la garantía de indemnidad de la parte más débil de la relación dañosa: el damnificado.

Por el momento el panorama no parece ser alentador, mientras su desenlace siga sujeto al perverso juego de los intereses políticos y corporativos.

Ojalá el derecho romano sea la nueva luz al final del camino...

Bibliografía

BONFANTE, P., FERRINI, C. FADDA, C., RICCOBONNO, R. y SCIALOJA, G. (1931). *Digesta Iustiniani Augusti*. Milano: Valliardi.

DI PIETRO, A. (2014). *Imperio y Derecho*. La Plata: Editorial de la UCALP.

GHIRARDI, J. C. (2004). “Síntesis conceptual sobre la evolución del concepto de daño (*damnum iniuria datum*; daño injustamente causado) y la responsabilidad extracontractual en el derecho romano”. En *Anuario de Derecho Civil*. N° 9, p. 121/129.

SÁENZ, C. (1882) “Contardo Ferrini: Su obra de historiador y de jurista”. En *Prudentia Iuris. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina de Santa María de los Buenos Aires*. Volumen IV.

Pandemia y derecho: de la *pietas* al principio de solidaridad

Por Marilina Andrea Miceli⁴⁶⁸

Resumen

La peste galena o peste antonina fue la primera pandemia de occidente. Su expansión fue originada por las mismas causas que provocan que hoy vivencemos la pandemia de COVID-19. Sin embargo, la *pietas* de aquel entonces, derivada actualmente en principio de solidaridad jurídica, es recordada a pesar del paso del tiempo. La gran actualidad de dicha experiencia nos permite reflexionar acerca de las medidas actuales y sus futuras consecuencias.

⁴⁶⁸ Doctora en Derecho. Profesora universitaria. Docente adjunta interina de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bs. As. Profesora asociada en la cátedra de Derecho Romano de la Universidad Abierta Interamericana, profesora adjunta de la materia Derecho Romano de la Universidad Argentina John F Kennedy, profesora de posgrado asociada en la Maestría de Derecho Administrativo de la UAI y del Doctorado en Cs. Jurídicas de la UAJFK. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM), de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA), del Instituto de Historia y Cultura Clásica de la Universidad Católica de la Plata y del Comité de bioética de la UAJFK. Directora y codirectora de diversos proyectos de investigación en el área.

Palabras clave: derecho; pandemia; epidemia; peste antonina; Gale-
no; *pietas*; solidaridad; emergencia; Marco Aurelio; *Historia Augusta*;
COVID-19

I. Cuestiones preliminares

Primero, es dable aclarar que una epidemia se produce cuando una enfermedad contagiosa se propaga rápidamente en una población determinada, afectando simultáneamente a un gran número de personas durante un periodo de tiempo concreto.⁴⁶⁹

En caso de propagación descontrolada, una epidemia puede colapsar un sistema de salud. Esto ocurrió en 2014 con el brote de Ébola en África occidental. Pero si un brote epidémico afecta a regiones geográficas extensas (por ejemplo, varios continentes), esta epidemia se cataloga como pandemia que según el diccionario de la Real Academia Española es una enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región.

Flabio Eutropio, historiador romano del siglo IV, magister *memoriae* de Constantinopla y cronista de Juliano el Apóstata en su expedición contra los persas en el año 363, entre otros cargos encomendados, decía que “la peste surge cuando las preocupaciones y la desesperanza son mayores”,⁴⁷⁰ haciendo alusión a la epidemia desatada en el siglo II d. C.

Históricamente, fue la peste antonina la primera que azotó globalmente al mundo occidental, afectando todas las dimensiones de la vida del género humano. Y fue la misma estructura imperial la que coadyuvó a la rápida propagación de la enfermedad, por lo que se constituye, reitero, en la primera epidemia global sufrida por Occidente.

El Imperio romano experimentaba en el siglo II d. C. su época de oro o también denominada época de la *pax romana*, bajo el gobierno benevolente

⁴⁶⁹ Según diccionario de la Real Academia Española.

⁴⁷⁰ <https://www.eldia.es/opinion/2020/05/30/peste-politica/1082668.html> (Consultado el 1/10/20).

de Marco Aurelio, perteneciente a la dinastía antonina, dentro del periodo denominado como Alto Imperio.

Fue la época de mayor crecimiento en la historia de Roma: grandes extensiones de tierra a base de anexiones, gran acumulación de riquezas y recursos, todo ello producto de la gran expansión conseguida. Sin embargo, entre los años 165 y 180 d. C. estalla la peste más dañina, enfermedad que afecta a todo el Imperio, cuyas proporciones geográficas y humanas nunca antes habían sido vistas.

Por su magnitud puede ser catalogada sin dudas como global desde el punto de vista geográfico. En aquel siglo el Imperio romano tenía como límites en el norte a Britania, el Rhin y el Danubio; al oriente el norte de Mesopotamia; mientras que, en África del Norte, la cuarta catarata del Nilo en Egipto y el desierto del Sahara, que constituían las fronteras de un Imperio cuya población se estima fue cercana a los 50 millones de habitantes.

El Imperio ocupaba gran parte de lo que actualmente es Inglaterra y Alemania, toda España, Portugal, Italia, Suiza, parte de Eslovaquia, República Checa, Eslovenia, Croacia, Serbia, Montenegro, Albania, Bulgaria, Rumania, Grecia, Turquía, Siria, Armenia, Israel, Palestina, Egipto, Libia, Marruecos y Argelia.

Dentro de aquellos límites se había consolidado el proceso de romanización por el cual los pueblos conquistados en siglos anteriores habían adquirido la ciudadanía o, al menos, los principales hábitos culturales de los conquistadores romanos.⁴⁷¹

La vida en ciudades, el uso del latín o griego como lenguas comunes y oficiales, una extensa red vial de comunicaciones entre las diferentes provincias, el uso de las mismas tecnologías (baños, acueductos, arquitectura, puentes de cruces), entre otros tantos factores, llevaron a que las personas que componían el Imperio se sintieran parte en mayor o menor grado de una *communis patria* que vivía un periodo de paz, estabilidad y tranquilidad.⁴⁷²

⁴⁷¹ Ver COSTA, J. C. (2016). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

⁴⁷² WOOLF, G. (2003). *Becoming Roman: The origins of provincial civilization in Gaul*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press.

Se configura así la idea de que el *orbisterrarum*, es decir, el globo terrestre, era lo mismo que el *orbisromanus*. Vale decir que la tierra civilizada era el Imperio romano y todo lo que se encontrara dentro de sus límites. Fuera de ella, nada era considerado.

II. Origen y difusión pandémicos del COVID-19

El brote de coronavirus ha sido ampliamente reportado en los noticieros de todo mundo y la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo ha declarado oficialmente como una pandemia desde el 11 de marzo del corriente.

El 31 de diciembre de 2019 dicha organización recibió reportes de presencia de neumonía de origen desconocido en la ciudad de Wuhan, China. Rápidamente, a principios de enero, las autoridades de este país identificaron la causa como una nueva cepa de coronavirus que ha ido expandiéndose hacia otros continentes como Europa y América.

En cuanto a su comienzo, todavía no se ha confirmado el posible origen animal del COVID-19. La Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) que, reitero, han reconocido el estado de pandemia, suponen que aún está en desarrollo, por ello los viajes se han visto restringidos y muchos países han cerrado sus fronteras para tratar de evitar su expansión.

Según la página oficial de la OMS, “el virus que causa la COVID-19 pertenece a una familia de virus llamados *Coronaviridae* y los antibióticos no funcionan contra los virus. Algunas personas que enferman de COVID-19 también pueden desarrollar una infección bacteriana como complicación. (...) y actualmente no existe ningún medicamento autorizado para curar la COVID-19.”⁴⁷³

Según la *Gaceta Médica* del 22 de enero de 2020, las autoridades chinas declararon en cuarentena la ciudad de Wuhan, epicentro del brote del

⁴⁷³ <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/myth-busters> (Consultado el 1/10/20).

nuevo coronavirus; sin embargo, el virus se extendió rápidamente a otras ciudades y continentes. Un grupo de investigadores de la Universidad de Texas, Hong Kong y Francia ha estudiado las probabilidades y las formas en las que el patógeno se propagó fuera de las zonas de cuarentena antes del cierre de las ciudades afectadas.

Indica el informe:

Según los datos de los servicios de viajes y el tipo de enfermedad analizados por el Centro de Computación Avanzada de Texas, 128 ciudades en China tenían un 50% de probabilidad de recibir a personas expuestas al virus antes de que comenzara la cuarentena de Wuhan. El equipo también estimó que había 11.213 casos de coronavirus en Wuhan para el momento de la cuarentena el 22 de enero, una tasa 10 veces mayor que los casos reportados. (...) Por tanto, esto sugiere que a principios de 2020 los viajes terrestres y ferroviarios sembraron casos mucho más allá de la cuarentena de la región de Wuhan. (...) Los investigadores estiman que los casos se duplicaron aproximadamente cada semana, y en promedio, cada persona infectada transmitió la enfermedad a aproximadamente otras dos personas.⁴⁷⁴

Es decir que el tránsito en un mundo globalizado ya sea con fines familiares, educativos, laborales, comerciales y turísticos, entre otros, fue el móvil en el cual se transportó la nueva cepa, se encabalgó en sus portadores propagándose ilimitadamente, siendo la globalización y los canales de comunicación la estructura pandémica actual, mismas causas invocadas hace más de XVIII Siglos.

⁴⁷⁴ <https://gacetamedica.com/investigacion/asi-se-propago-el-coronavirus-antes-de-que-comenzara-la-cuarentena/> (Consultado el 1/10/20).

II. Orígenes, difusión y características de la peste antonina

Las fuentes que nos informan sobre la plaga son bastante fragmentarias. Sin duda, la más relevante la constituye el médico griego Galeno, cuya influencia se extenderá por todo el mundo árabe y medieval. La importancia de Galeno está dada porque presenció la epidemia al trabajar, directamente y por pedido imperial, con el emperador Marco Aurelio y su ejército en el momento en que la peste alcanzaba su punto más álgido, en unas de las pocas encomiendas castrenses por él decididas, las guerras marcománicas, tanto es así que la peste se la denomina también como peste galena.

Son dos los posibles lugares de origen de la plaga. La versión más difundida sitúa su origen en una de las expediciones de la campaña oriental del año 165, específicamente en la ciudad de Seleucia (actual Irak), donde un soldado habría profanado el templo de Apolo al abrir un cofre del cual habría salido un vaho pestilente. Dicha versión ha sido difundida por la *Historia Augusta* y por Amiano Marcelino, ambos del siglo IV. La cultura romana, por demás supersticiosa, encuentra aquí un puntal recurrente: el mito. La enfermedad es entonces castigo divino de Apolo.

Otra versión, hallada en un fragmento de Calpurniano Crepereyo, señala que la peste se originó en Egipto, siendo propagada desde allí en la medida que el grano egipcio fue llegando a diferentes lugares del Imperio.⁴⁷⁵ Cabe aclarar que Egipto jugó un papel muy importante en la historia de Roma. Allí, años antes, fue Marco Antonio a ejercer su bloqueo contra Augusto al disputarse la herencia de Julio César porque, a través del *praefecto egipcio*, Roma se abastece de su alimento.

Es allí, especialmente en Roma, donde se cuenta con la mayor mortalidad pandémica. Dos mil personas morían diariamente debido a la concentración de población existente, cercana a un millón de habitantes, por sus caminos y eficientes puertos que no dejaron de ser transitados.⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ Ver FRASCHETTI, A. (2014). *Marco Aurelio: La miseria de la filosofía*. 1ª edición. Madrid: Marcial Pons Editores.

⁴⁷⁶ CARCOPINO, J. (2001). *La vida cotidiana en Roma en el auge del Imperio*. 1ª edición. Madrid: Ediciones Temas de Hoy.

Más allá del lugar exacto del origen, es posible señalar que la peste parte de Oriente y desde allí se difundió mediante los diferentes mecanismos de interconexión imperial. Sin duda, el gran movimiento demográfico, sobre todo de soldados que volvían de la campaña oriental, parece haber sido el principal factor propagador.

De acuerdo a la cita de la *Historia Augusta*, el retorno de Vero y el ejército oriental “tuvo la fatalidad, según parece, de llevar consigo la peste a todas las provincias por donde pasó hasta que llegó a Roma”.⁴⁷⁷

Hablamos de un cuerpo militar compuesto como mínimo por unas cien mil personas, carentes de servicios higiénicos adecuados, por lo que los riesgos desde el punto de vista epidémico eran más que obvios.

De esta forma, la plaga “llena de enfermedad y muerte a todo el territorio situado entre la tierra de los persas, el Rhin y las Galias”, o sea todo el Imperio, según rememora Amiano Marcelino (23. 6. 24), quedando claro entonces que es la lógica de unificación del territorio romano, su globalización, la que contribuyó a una rápida difusión de la enfermedad.

En cuanto a la determinación con exactitud de qué tipo de padecimiento se trataría, descartada la peste bubónica y la fiebre tifoidea, según las descripciones de Galeno se trató de una viruela de tipo hemorrágica.

Se ha estimado que en promedio la peste antonina debió tener una mortalidad de 7 a 10% de la población imperial, es decir, habrían muerto en el Imperio romano entre unos tres millones y medio a cinco millones de personas. Las cifras para el caso del ejército y las ciudades se estiman ligeramente superiores en torno a 13-15% de mortalidad debido a los grados de concentración y la falta de sistemas higiénicos que hubieran ayudado a prevenir la difusión y a controlar la plaga.⁴⁷⁸

Tanto es así que en el mundo romano era habitual el uso del agua de las fuentes abiertas (*Lacus*) las cuales a veces, como en el caso de Roma, se comunicaban directamente con la cloaca máxima, creando así la posible contaminación directa con las aguas residuales. También existía el peligro de la

⁴⁷⁷ CASCÓN, A. y PICÓN, V. (1989). *Historia Augusta*. 1ª edición. Madrid: Akal.

⁴⁷⁸ LITTMANN, R. y LITTMAN, M. (1973). “Galen and the Antonine plague”. En *American Journal of Philology*, 94.

contaminación propia por parte de los ciudadanos que vertían inmundicias a la fuente, un hecho tan sorprendentemente frecuente que mereció una normativa de prohibición y sanción en D. 47. 11. 1. 1.

Lo cierto es que el impacto mental, social, económico y militar de la crisis fue importante en el devenir del Imperio romano, donde los cadáveres fueron vistos como agentes de transmisión. La imagen más terrible de la peste la ofrece la vida de Marco Aurelio inserta en la *Historia Augusta*, la que señala que en plena campaña contra los marcomanos en el Danubio “surgió una epidemia tan grande que los cadáveres se transportaron en distintos vehículos y carruajes. Los antoninos promulgaron entonces leyes severísimas respecto a la inhumación y a las sepulturas, pues prohibieron que nadie las construyera a su gusto, reglamentación que se observa todavía hoy. Por cierto, dicha epidemia acabó con miles de personas, muchas de ellas de entre los primeros ciudadanos”.⁴⁷⁹

Las leyes que aún se conservan tratan específicamente sobre las penas para las personas que ocupaban nichos vacíos para enterrar sus deudos y los lugares donde hacerlo, pero las que más impacto tuvieron son las referentes a que el traslado de cadáveres debía hacerse con permiso de la autoridad local competente y nunca pasando por en medio de las ciudades para evitar todo posible contagio.¹²

No hubo clase social que se librara, incluso el mismísimo emperador Marco Aurelio falleció a causa de la viruela en 180, además de su esposa, su yerno y compañero de batallas Lucio Vero y ocho de sus trece hijos. Sin embargo, frente al caos social, la pérdida de mano de obra, la hambruna, la caída de la economía, muere no sin antes expresar en sus últimas palabras su preocupación por los pobres afectados por la pestilencia.

En vida ya había demostrado actos solidarios de condolencia subastando, por dos meses, sus riquezas para paliar el hambre popular y atender al sistema sanitario que se había llevado por delante el tesoro público. Preocupado por su pueblo, donó sus pertenencias terrenales y perdió su vida trascendiendo solidariamente la historia.

Como lo adelantara, Roma, la ciudad eterna, sufrió el embate con ma-

⁴⁷⁹ CASCÓN, A. y PICÓN, V., *op. cit.*

por dureza por la cantidad de población aglomerada y hacinada. Muchas actividades económicas tuvieron que paralizarse al nivel de fijar la paz con los enemigos de Roma, acuerdos en los cuales se estipulaba el ingreso enemigo para establecerse y poblar la tierra como colonos con el fin de trabajarla como pastores y defenderla como soldados.

En otros casos como en Hispania, Morris Silver sostiene que la plaga terminó con la labor minera, ya que subió el valor de los esclavos y la mano de obra haciendo las ganancias menos rentables que antaño.⁴⁸⁰

Durante la campaña germana, Marco Aurelio escribió en griego su obra filosófica *Meditaciones*. En un pasaje, el IX, 2, afirma que incluso la peste que le rodea es menos letal que la falsedad, la mala conducta y la falta de un verdadero entendimiento humano, en una clara reflexión sobre el comportamiento social. Mientras agonizaba, pronunció estas palabras: “No lloréis por mí. Pensad en la peste y la muerte de tantos otros”, como llamamiento solidario, colaborativo con el alter y compasivo con el otro.

Frente a una población diezmada es capaz de observar la *humanitas*, y reestablecer lazos con el *in imcus*, firmar la paz, colocarse por encima de toda diferencia, con gran altura en común unión con todo el género humano conocido. Marco Aurelio supo ser ejemplo de gobernante solidario y desinteresado, basado en la *aequitas* que nos hermana y por ello apodado el Sabio o Filósofo, porque sus reflexiones se mantienen vigentes hoy en día.

No hubo parte del Imperio romano que de alguna manera no se viera afectada por la epidemia. Las clases dirigentes se vieron trastocadas, los pobres morían, la mano de obra y los soldados escaseaban. La coyuntura fue crítica no para una parte del mundo solamente, sino que para esa que se sentía dentro de una sociedad y territorio común.

⁴⁸⁰ SILVER, M. (2011). “Antonine plague and deactivation of spanish mines”. En *Arctos. Acta Philologica Fennica*, 45, 133-142.

III. *Pietas* y solidaridad

Cicerón definía a la *pietas* como la virtud “que nos exhorta a cumplir con nuestro deber en nuestro país o con nuestros padres u otros parientes de sangre, *pietas erga parentes*”.⁴⁸¹

Como dijera en otros trabajos, *pietas* es cuidar nuestro compromiso y respetarlo, es mantenerse dentro de lo justo y lo moral. Cumplir con el otro, vincularse hacia un fin común, solidarizarse, *pietas* como valor que construye *traditio* en las relaciones interpersonales, valor que porta, dentro de sí, la idea de deber y respeto hacia el prójimo, que trasciende desde la concepción doméstica de familia como institución a lo socioestatal, al concebirse la *humanitas* derivada de la idea por la cual todos pertenecemos a la gran familia de la humanidad.

Así, *humanitas* y *pietas* comienzan a entrelazarse con la idea de justo y equitativo, en términos generales, para todos los hombres de buena voluntad. Expresa Fernández de Buján que “a finales de la época clásica la voz *aequitas* toma un nuevo significado, más próximo a *humanitas*, *benignitas*, *pietas*. Cubriendo la necesidad de suavizar el excesivo rigor en la interpretación y aplicación del derecho”.⁴⁸²

Cabe preguntarse si en la actualidad vivenciamos a la solidaridad como un principio jurídico, entendiendo por principio a aquel puntal esencial que se hace presente y necesario en todas las relaciones jurídicas sin importar su naturaleza. En efecto, afirma Marcos Mauricio Córdoba, máximo referente doctrinario de la solidaridad como principio general del derecho, que el mismo se hace presente en todas las relaciones jurídicas existentes como derivación actual de la *pietas* romana,⁴⁸³ constituyéndose como principio general de esta ciencia.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ Cic. De Inv. 2, 22, 66.

⁴⁸² FERNANDEZ DE BUJAN, A. (2002). *Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano en España, Europa e Iberoamerica*. 6ª edición. Madrid: Civitas, p. 337.

⁴⁸³ CÓRDOBA, M. (2020). “El derecho en época de pandemia. COVID-19, familia y solidaridad jurídica.” En *Revista La Ley*, 15. Cita Online: AR/DOC/1034/2020.

⁴⁸⁴ https://es.wikipedia.org/wiki/Marcos_Mauricio_C%C3%B3rdoba (Consultado el 2/10/20).

En este sentido, expresa Laje que la especie humana es la más colaborativa de todas. “Dicha colaboración es posible por la comunalidad de los individuos que componen la sociedad, y los resultados de convivencia ordenada son posibles solo gracias a la solidaridad como elemento necesario de dicha cooperación. El proceso de autoridad y obediencia, así como el de cooperación y solidaridad se combinan para transformar la voluntad soberana de un estado en sistema jurídico”.⁴⁸⁵

Roma lo ha demostrado. Marco Aurelio ha trascendido su tiempo vital y por ello es magnánimamente recordado. Como interrogante nos queda evaluar si podremos trascender con la misma altura moral. Solo el grado de compromiso asumido para con el otro y la observancia de los valores igualitarios arrojarán una respuesta fehaciente, pasado el periodo de crisis pandémica. No seremos nosotros los encargados de responder, pues quedarán bajo la mirada y a la luz de generaciones venideras las reflexiones pertinentes.

IV. A modo de cierre

Hoy es momento de pensar qué mundo dejamos, qué sociedad queremos para nuestros seres queridos y nuestros pares. En la absoluta creencia y la más ferviente convicción de que nuestro deseo es ser recordados con la misma benevolencia con la que recordamos aquellos pasajes romanos, es preciso tener en cuenta que el tiempo es uno y enlaza pasado, presente y futuro, que hoy vivimos las consecuencias de aquellas causas que generamos y que serán nuestros descendientes los que asumirán nuestros aciertos y desaciertos. Como indica Daniel Dei, “la historia es el terreno donde el futuro forjado por nosotros puede echar raíces”.⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ LAJE, A. (2016). “El principio general de solidaridad en el Derecho Argentino.” En *El Derecho*, 01/04/2016, p. 11.

⁴⁸⁶ DEI, D. (1995). *Poder y Libertad en La Sociedad Posmoderna. Informe sobre el sentido del porvenir*. Buenos Aires: Almagesto, p. 29.

Bibliografía

BANCALARI, A. (2007). *Orden Romano e Imperio Global. La romanización de Augusto a Caracalla*. 1ª edición. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.

BIRLEY, A. (2009). *Marco Aurelio: Una biografía*. 1ª edición. Madrid: Editorial Gredos.

CARCOPINO, J. (2001). *La vida cotidiana en Roma en el auge del Imperio*. 1ª edición. Madrid: Ediciones Temas de Hoy.

CASCÓN, A. y PICÓN, V. (1989). *Historia Augusta*. 1ª edición. Madrid: Akal.

COSTA, J. C. (2016). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

CUNHA, C. B. y CUNHA, B. A. (2007). "The great plagues of the past: remaining questions". En DRANCOURT, M. y RAOULT, D. (eds.). *Paleomicrobiology: past human infections*. New York: Elsevier, p. 1-20.

DE SAMOSATA, L. (1988). *Alejandro o el falso profeta*. 1ª edición. Madrid: Gredos.

FRASCHETTI, A. (2014). *Marco Aurelio: La miseria de la filosofía*. 1ª edición. Madrid: Marcial Pons Editores.

GARCÍA DEL CORRAL, I. (1883). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Jaime Molinas Editor.

GIBBON, A. (1998). *The decline and fall of the Roman Empire*. 1ª edición. Hertsfordshire: Wordsworth Editions.

LITTMANN, R. y LITTMAN, M. (1973). "Galen and the Antonine plague". En *American Journal of Philology*, 94.

MARCELINO, A. (2002). *Historias*. 1ª edición. Madrid: Akal.

ROBERTS, J. (2007). *Oxford dictionary of the classical World*. Oxford: Oxford University Press.

SILVER, M. (2011). “Antonine plague and deactivation of spanish mines”. En *Arctos. Acta Philologica Fennica*, 45, 133-142.

WOOLF, G. (2003). *Becoming Roman: The origins of provincial civilization in Gaul*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press.

Los contratos romanos modernos de carácter real, de Roma a la actualidad. Buena fe y *bona fides*

Por Marilina Andrea Miceli⁴⁸⁷ y Viviana Elisabet Céspedes⁴⁸⁸

Resumen

La categoría de los contratos reales forma parte del patrimonio conceptual y sistemático de la tradición jurídica europea-continental, constituye o

⁴⁸⁷ Doctora en Derecho. Profesora universitaria. Docente adjunta interina de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bs. As. Profesora asociada en la cátedra de Derecho Romano de la Universidad Abierta Interamericana, profesora adjunta de la materia Derecho Romano de la Universidad Argentina John F Kennedy, profesora de posgrado asociada en la Maestría de Derecho Administrativo de la UAI y del Doctorado en Cs. Jurídicas de la UAJFK. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM), de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA), del Instituto de Historia y Cultura Clásica de la Universidad Católica de la Plata y del Comité de bioética de la UAJFK. Directora y codirectora de diversos proyectos de investigación en el área.

⁴⁸⁸ Abogada egresada e integrante del equipo de investigación de UAI sobre Pervivencia del Derecho Romano en los Principios Generales del Derecho y en las Instituciones Jurídicas de la Actualidad. Doctoranda en Ciencias Jurídicas en la Universidad del Museo Social (UMSA). Ayudante de cátedra de Derecho Romano y Práctica Profesional Supervisada. Actualmente se desempeña como abogada en el ejercicio liberal de la profesión y como secretaria administrativa en Rectorado de la Facultad de Derecho y Cs. Políticas (UAI).

constituyó el modo de su perfeccionamiento. Teniendo en cuenta la importancia con la que llegó a la modernidad, analizaremos sus inicios en Roma y su evolución sin perder de vista el principio fundamental de la buena fe o *bona fides* que lo atraviesa.

Palabras claves: contratos; derecho romano; derecho vigente; Código de Vélez; Código Civil y Comercial de la Nación; buena fe; *bona fides*.

I. Introducción

La categoría de los contratos reales forma parte del patrimonio conceptual y sistemático de la tradición jurídica europea-continental. En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos pertenecientes a esta tradición, la entrega de una cosa, ya sea que implique o no una transferencia de dominio, constituye o constituyó el modo de perfeccionamiento de ciertos contratos. Así, teniendo en cuenta la importancia con la que llegó a la modernidad, nos proponemos analizar sus inicios en Roma, su evolución hasta la actualidad sin perder de vista el principio general que lo enlaza, esto es la buena fe o *bona fides*.

Considerando que el derecho romano es la base de nuestro sistema jurídico, lo que se denomina sistema jurídico continental, tomamos a la relación contractual y la obligación que de ella deriva como parte del cumplimiento debido y de las buenas intenciones que se esperan de la contraparte, es decir, efectuamos un seguimiento de la evolución del presente instituto y del principio que debe estar presente.

II. *Contractus*

Para comenzar, nos parece esencial hacer una introducción acerca de cómo surgieron y cómo eran los contratos en Roma, de forma que, con esta base, sea posible ahondar particularmente en el tipo de contratos reales.

Considerando que el contrato fue y sigue siendo la fuente más importante y fecunda de las obligaciones, puede definirse de modo general como un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos capaces de crear, regular, modificar, transferir o extinguir derechos con contenido patrimonial (Borda, 2016).

Sin embargo, el contrato no siempre significó lo mismo. En el derecho romano primitivo, lo que existía era el denominado *pactum* o *conventio* para cualquier convención de partes, los cuales carecían de exigibilidad. En este sentido, siguiendo la obra de Di Pietro, puede señalarse que el vocablo *contractus*, como sustantivo en su forma nominativa, no figura en los primeros tiempos ni tampoco se lo conoce como un término abstracto jurídico en el sentido en que hoy lo conocemos. Su aparición, en términos históricos relativos, es tardía (Costa, 2016).

Por esa razón, manifiesta Di Pietro, resulta curioso y sorprendente que el vocablo contrato se encuentre absolutamente ausente en el edicto del pretor. El término mencionado se conforma a partir del verbo *contrahere* y comienza a utilizarse para denominar cualquier obligación contraída como consecuencia de la conducta humana, es decir, *contractus*. Conducta reconocida como obligatoria por encontrarse dotada de una causa civil y provista de una acción (*actio*), respetando las solemnidades que la ley establecía para poder celebrarlos.

Esta “causa civil” se refería a que la ley contenía un catálogo cerrado de los contratos que podían celebrarse, cada uno con sus reglas particulares, el cual se iba actualizando a raíz de los cambios políticos, económicos y sociales que se iban sucediendo. Según Buckland y McNair, “un acuerdo no es un contrato a menos que el derecho, por alguna razón, lo considere tal” (Gastaldi, 1974, p. 11).

Con el transcurso del tiempo, Justiniano, a través de su obra *Corpus Iuris Civilis*, es quien logra definir a los contratos, eliminando el requisito de la causa civil y estableciendo al contrato como aquel acuerdo de voluntades capaz de constituir a una persona en deudora de otra pudiendo versar acerca de la creación, modificación o extinción de cualquier relación jurídica.

Instituto que evoluciona en la época medieval con Donello y Cuiaccio, así como también en la época moderna, donde Hugo Grocio desarrollará el consensualismo contractual, cuya influencia se reflejó en los juristas

Domat y Pothier, quienes trataron al contrato de manera genérica (Costa, 2016, p. 270-293).

Finalmente, es Savigny quien ampliará el concepto, el cual fue tomado casi literalmente en 1869 por Vélez Sarsfield en el Código Civil hasta llegar a nuestros días positivizado en el Código Civil y Comercial vigente.

En su artículo 957, el código unificado lo define como el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

No debemos olvidar que Petit hace referencia a los contratos como “una convención sinalagmática no clasificada entre los contratos nominados y que ha sido ejecutada por una de las partes en vista de una prestación recíproca”, y es en base a ello que se acordó darles una tutela procesal por medio del *actio praescriptis verbis*, por la cual podía exigirse el cumplimiento de lo pactado siempre que una de las partes hubiera entregado la cosa o cumplido con la prestación convenida, porque una parte ya se había enriquecido (Gastaldi, 1974, p. 13). Es decir, no bastaba el mero acuerdo de voluntades, sino que era necesario probar el cumplimiento de la prestación. Una prueba más de que la obligatoriedad del contrato no dependía de la pura voluntad sino de la protección de ciertos intereses legítimos, indica Belda Mercado (2008).

Los juristas romanos eran realistas, no racionalistas, se dedicaban a describir lo que sucedía en la práctica (Levaggi, 1982, p. 17). Así es que usaban la palabra “obligación” para describir situaciones concretas y, en *Institutas*, al contrato como “el vínculo jurídico que nos impone la necesidad de pagar algo a otro, según nuestro derecho civil”. La obligación tenía la característica de ser una relación personal entre dos sujetos, un acreedor y un deudor, vinculados con respecto a una cosa (Costa, 2016, p. 259-269).

El consentimiento, el objeto y la causa fueron signados como sus elementos necesarios, siendo considerados *contractus lex*. Los preceptos fundamentales nacidos de los contratos que debían ser observados por los intervinientes eran ajustarse a las condiciones estipuladas en el contrato (principio de literalidad). Las condiciones y los efectos del contrato solo eran aplicados entre las partes que aceptaron el contrato y sus causahabientes (principio de relatividad del contrato).

Además, los pactos contenidos en los contratos debían ejecutarse en los

términos que fueron suscritos, las estipulaciones de los contratos típicos que fueran contrarias a la ley se tenían por no puestas, las disposiciones legales reconocían al contrato como fuente de obligaciones y las obligaciones contractuales eran obligaciones civiles, por lo que el acreedor podía exigir del deudor la satisfacción de la deuda según lo pactado (si no era posible, por equivalencia, el acreedor podía demandar la indemnización de daños y perjuicios). Una vez que un contrato había nacido válidamente se convertía en irrenunciable, y las obligaciones originadas por el contrato válido no se podían modificar unilateralmente y siempre presumibles de buena fe.

Respecto de los terceros, si bien los contratos solo tenían efectos entre las partes que lo formaban, había algunos que surtían efectos hacia ellos, más allá de que éstos no hubieran participado en su celebración, por ejemplo, los causahabientes o los acreedores quirografarios. Cualquier contrato del deudor que afectara su patrimonio implicaba una consecuencia para la garantía que podían protegerse por medio de la acción oblicua y la acción pauliana, y también respecto de aquellas personas ajenas a una relación contractual pero que no pueden alegar desconocimiento del acto jurídico y sus efectos, como sería en el caso de derechos reales o personales inscritos en un registro público con eficacia jurídica, capitulaciones matrimoniales y las inscripciones de sociedades civiles o mercantiles.

III. Clasificación

Los contratos romanos pueden ser divididos en “contratos romanos antiguos” y “contratos romanos modernos”, diferenciándose en la forma en que se perfeccionaba cada uno de ellos. A su vez, Gayo en *Institutas* dividía cada uno de éstos en dos tipos. Los antiguos los dividía en verbales, perfeccionándose por el solo empleo de las palabras solemnes, y en literales, perfeccionándose por cumplir las solemnidades de la ley de forma escrita; ambos contratos formales.

Entre los verbales, se encontraba el denominado contrato romano más antiguo, llamado *nexum*, y otros como el *sponsio* y el *stipulatio*. Entre los literales, estaban la *nómina transcriptitia*, la *chirographa* y la *syngrapha*.

Por otro lado, dentro de los llamados “contratos romanos modernos” se distinguían en contratos reales y consensuales. Se diferenciaban por la forma de perfeccionamiento, referente a la entrega de una cosa o el acuerdo para perfeccionar el contrato. Ejemplo de estos últimos eran la compraventa, el arrendamiento y el mandato.

Los contratos *re* o reales que, como sabemos, además de la *conventio* requieren la *datio rei*, generan una obligación de restitución a cargo del que la recibe, entregando la misma cosa u otra de igual género y calidad (Costa, 2016, p. 270-292), derecho protegido por la *actio in rem*.

Reconocidos en las Instituciones de Justiniano son el mutuo (*mutuum*), el comodato (*commodatum*), el depósito (*depositum*) y la prenda (*pignus*). En algunos se transmitía la propiedad, en otro la posesión o la tenencia. (Costa, 2016, p.270-292).

III. 1. Contratos reales

III. 1. a) Mutuo

Conocido también como “préstamo de consumo”, era el acuerdo de voluntades mediante el cual una persona, llamada mutuante, le entregaba en propiedad a otra, llamado mutuario, una determinada cantidad de cosas fungibles (es decir, reemplazables por otras de la misma especie y cantidad), con la obligación por parte de esta última de restituir, dentro de cierto plazo, la misma cantidad del mismo género y calidad. Cabe aclarar que promesa solo constituía un precontrato y, como tal, originaba únicamente una obligación natural.

La transferencia de la cosa implicaba el traspaso de la propiedad porque, tratándose de un préstamo de consumo, la cosa debía pertenecerle al deudor para que la pudiera consumir. Por ello, el prestamista debía tener capacidad para enajenar, tener el dominio sobre la cosa que va a transmitir, y dicha transmisión debía llevarse a cabo por medio de la tradición. En el caso de que la cosa hubiere sido ajena al prestamista, había que distinguir si el adquirente había sido de buena o mala fe. En el primer caso el mutuo

era válido, pero en el segundo el propietario de la cosa estaba autorizado a recuperarla mediante la acción de reivindicación. Y en caso de que las cosas ya hubieran sido consumidas, el adquirente debería restituir una suma de dinero equivalente a su valor. Se admitía que la tradición de la cosa se llevara a cabo a través de representantes o gestores y de la tradición simbólica, es decir, la *traditio brevi manu* o por el *constitutum possessorium*.

En sus inicios, requería las mismas solemnidades que el contrato de *nexum* (se debía pesar el cobre en una balanza, en presencia de las partes, el *librepens* y cinco testigos) pero, ya en la época clásica, solo se exigía el consentimiento de las partes y la entrega de la cosa.

Si bien el mutuario no podía obligarse a devolverle al mutuante más cantidad que la que había recibido por su carácter gratuito, las fuentes admiten que las partes podían acordar que el deudor debiera devolver una cantidad menor, considerándose que la diferencia implicaba una donación.

La pérdida por caso fortuito no liberaba al mutuario de su obligación. En este sentido, con el paso del tiempo, los romanos introdujeron una modalidad por la cual podían convenir intereses en los casos en que el préstamo sea de una suma de dinero. Los intereses representaban el equivalente al uso de la cosa del que se encontraba privado el prestamista. Estos contratos se tenían que concretar por medio de la *stipulatio*: por medio de la invocación del verbo *sponsio*.

Al principio no había límites respecto a los intereses que podían cobrarse, lo cual provocaba abusos. Por esto, la Ley de las XII Tablas determinó un máximo de una onza por ciento al mes (la uncia, 8.33%), la *Lex Duilia* fijó la tasa en el *unciarium fenus* –por plebiscito se redujo la tasa a la mitad de la uncia– y la *Lex Genucia* prohibió el préstamo a interés (no se cumplía). Más allá de esto, la situación de los deudores se agravaba, ya que se contaban los intereses por mes, agregándose al capital el interés mensual ya vencido, y éste, a su vez, generaba un nuevo interés para el mes siguiente. Esto llevó a que en la época de Sila se determinara que el interés debía ser del 1% mensual, es decir, del 12% anual, el cual Justiniano reduciría al 6% anual, disponiendo que todo pago de incremento de intereses debía imputarse al capital.

La restitución de la cosa operaba al vencimiento del plazo convenido por las partes. Si no lo habían estipulado, el acreedor podía exigir su cumplimiento en

cualquier momento, exigencia que quedaba condicionada al término dispuesto por el juez luego de hecho el requerimiento al obligado. Las partes podían convenir mutuo sujeto a una condición si así lo estipularen.

III. 1. b) Comodato

También llamado “préstamo de uso”, era el acuerdo de voluntades por medio del cual una persona, llamada comodante, entregaba gratuitamente a otra, llamada comodatario, el uso de una cosa no fungible, debiendo esta última devolver esa misma en el lugar y tiempo convenidos. Era un contrato real porque requería, para su perfeccionamiento, que el comodante entregara efectivamente la cosa al comodatario. Era sinalagmático imperfecto porque solo accidentalmente generaba obligaciones a cargo del comodante. Era gratuito y era de buena fe, por la amplitud de facultades que tenía el juez para su apreciación. Las partes debían tener la intención común de que aquel que recibía la cosa la utilizara o se sirviera de ella, por lo que el comodatario no adquiría su propiedad, ni la posesión, sino solo la simple tenencia.

Respecto del uso de la cosa, el comodatario debía utilizarla de forma convenida y, en caso de que nada se pactara, debía servirse de ella misma de acuerdo con su uso común. En este sentido, aquel que la empleara de una manera no autorizada era sancionado con las mismas penas que aquel que cometía un hurto de uso (*furtum usus*). Además, debía devolver la cosa en el lugar y tiempo convenidos, con todos aquellos frutos y productos que se le hayan agregado. Como el comodante no obtenía ningún beneficio, el comodatario era responsable por dolo y culpa ante la pérdida de la cosa. Se estipulaba que debía responder por caso fortuito y también en aquellos casos en que se estimaba que la cosa era de todo riesgo o cuando el hecho que provocaba el caso fortuito le era imputable.

III. 1. c) Depósito

Acuerdo de voluntades por el cual una persona, llamada depositante, le

entregaba una cosa mueble a otra, llamada depositario, para que guarde o custodie gratuitamente, y lo devolviera ante el primer requerimiento o ante el vencimiento del plazo convenido, con los frutos y productos que se le hayan agregado. Era considerado un contrato real, de buena fe, sinalagmático imperfecto y gratuito, aunque, con el derecho justinianeo, se comenzó a permitir la percepción de una retribución al depositario por la guarda de la cosa. Ante el incumplimiento, incurría en el delito de uso ilícito (*furtum usus*); el depositario respondía solo por dolo y culpa grave.

La jurisprudencia romana también admitía otros tipos de depósito. En primer lugar, el “depósito necesario”, con motivo de una calamidad pública, tumulto, incendio, ruina, naufragio o cualquier otra situación imprevista que, originando un riesgo inminente para determinados bienes, impidiera que el depositante pueda elegir libremente a quién le iba a confiar su depósito, por lo que el depositario respondía por toda culpa. En segundo lugar, el “secuestro”, que se originaba cuando dos o más personas le daban a otra la custodia de un bien, y ésta debía entregársela a un individuo designado previamente, o a quien llegara a encontrarse en determinada situación, cuando sucediera cierto evento.

Este tipo de depósito podía ser voluntario, como por ejemplo cuando se celebraba una apuesta y el premio se dejaba en manos de un tercero, o también necesario o judicial. Asimismo, podía tener por objeto cosas muebles o inmuebles. En tercer lugar, el “depósito irregular”, donde se entregaba la custodia de cosas fungibles, generalmente dinero, y el depositario debía devolver otras del mismo género, similar al mutuo. Pero este depósito se celebraba en interés del depositante, ya que éste le entregaba la custodia de los bienes al depositario por la responsabilidad y confianza que le inspiraba. En este caso, bastaba el simple pacto de interés ya que se trataba de un contrato de buena fe. Se lo considera antecedente de los depósitos bancarios.

III. 1. d) Prenda

Acuerdo de voluntades por el cual una persona, llamada pignorante, le entregaba a otra, llamada pignoratario, la posesión de una cosa corporal

para garantizar una deuda propia o ajena, con la obligación de quien la recibía de conservarla, sin utilizarla (si la usaba incurría en *furtum usus*), y de restituirla cuando ella se saldará. Por ello, el bien dado en garantía podía ser mueble o inmueble y pertenecerle al deudor o a un tercero. Era un contrato real, sinalagmático imperfecto, de buena fe, no formal y accesorio a la obligación principal del deudor.

El acreedor prendario respondía ante la pérdida de la cosa por dolo y por culpa, pero no por caso fortuito ya que ambas partes tenían un interés en su celebración. Una vez que la obligación principal era cumplida, el acreedor debía restituir la cosa junto con los frutos que ésta generara. Salvo que pactaran el “pacto de anticresis” (*pactum antichreticum*), los frutos se imputaban al pago de los intereses y luego al capital, en caso de que existiera un sobrante. Pero si la deuda no se pagaba, el acreedor podía retener la cosa o venderla para cobrar y devolverle el remanente al deudor.

IV. Buena fe/*Bona fides*

La buena fe (del latín, *bona fides*) se manifiesta en la Antigua Roma, procedente de *iuris* derecho romano, y ha perdurado hasta nuestros días, recogida en el Digesto de Justiniano en los siguientes términos: “*Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat (...)*”. Esto significa que “la máxima explícita la obligación contractual de obrar de buena fe, que deberá ser interpretada conforme a criterios de equidad. Su aplicación se desenvuelve en el ámbito de la doctrina del enriquecimiento injusto, al que se contraponen la equidad y la buena fe contractual”.

Dice Ferreira Rubio que la buena fe es un principio general del derecho, fuente de otros principios ordenadores de la vida jurídica, tales como el principio de confianza y los principios que fundamentan la teoría del abuso de derecho. Todos ellos derivan de la buena fe y, por haber alcanzado perfiles propios, se les reconoce autonomía (Ferreira Rubio, 1984, p. 315 y 342).

Según Lidia Nicolau, se distingue la buena fe objetiva de la subjetiva. La *buena fe objetiva* es la recíproca lealtad de conducta, que exige a las

personas proceder con probidad. Por su parte, la *buena fe subjetiva* o *buena fe-creencia* “es la que acuerda protección a una creencia o confianza razonables” y puede presentarse en dos hipótesis: cuando se confía en la titularidad de un derecho propio y cuando se confía en la titularidad del derecho ajeno, de la contraparte (2019, p. 293-307).

La comunidad, en la actualidad, poco proclive a la lealtad y caracterizada por la competitividad, la masificación de las relaciones humanas y la crisis de los valores, exige como nunca la buena fe en las relaciones jurídicas. Cabe preguntarse si es razonable imponer la exigencia de la buena fe-lealtad en el marco de las relaciones jurídicas de derecho privado, cuando no es frecuente hallar esa conducta en las relaciones familiares, sociales y políticas. Cabe preguntarse si, en tales circunstancias, es justo imponer parámetros tan exigentes al contratante, al socio, al acreedor.

Los despliegues más significativos de este principio se encuentran en el negocio jurídico, especialmente en el negocio contractual, pues posee una enorme trascendencia toda vez que es un elemento de la estructura misma de la noción de contrato.

V. Derecho vigente

Después del análisis realizado, podemos manifestar que los elementos del contrato en Roma siguen siendo los mismos con los que contamos hoy en día: sujeto, objeto y causa, aunque el CCyC no tomaba a la causa como elemento de los contratos sino de las obligaciones (Barbón y Lacambra, 2017, p. 1). Además, sigue siendo imprescindible que el sujeto sea capaz para celebrar el acto por sí mismo o por medio de representantes (en Roma también lo era con la figura del tutor o curador).

Siguiendo los lineamientos justinianos, el CC tenía una parte general de contratos y una especial, donde se regulaban algunos en particular, lo cual denotaba la clasificación entre nominados e innominados, consensuales y reales. En realidad, la base seguía siendo la misma que en el derecho romano, con la diferencia de que en el CC había contrato por solo el acuerdo de voluntades y producía sus efectos inmediatamente si

era consensual o, con la entrega de la cosa, si era real. Observamos un cambio más gramatical más que en lo que jurídico realmente. Resulta claro que el CC siguió la línea metodológica clásica de las *Institutas* de Gayo y Justiniano.

Al eliminar la clasificación, en el código actual no se le resta importancia a la entrega de la cosa, sino que forma parte de la etapa de ejecución, de eficacia, de cumplimiento del plan prestacional de un negocio ya perfeccionado y concluido mediante la manifestación de voluntad de los contratantes (Herrera, Caramelo y Picasso, 2016).

De este modo, los tipos de contratos reales romanos siguen existiendo y sus lineamientos son muy similares hoy en día. La diferencia esencial está en el momento en que el contrato queda perfeccionado.

Por otro lado, se mantiene la división entre parte general y especial de los contratos y una división entre contratos nominados e innominados. En este sentido, en principio los contratos reales en Roma eran gratuitos y recién en la época justiniana se comenzó a permitir, en algunos casos particulares, acordar una retribución. Estos casos eran, en el depósito, por haber guardado la cosa durante cierto tiempo, o, en el mutuo, cuando era un préstamo de dinero, es decir que para el comodato y la prenda nada se estipulaba al respecto.

El CCyC determina en su artículo 1357 el contrato de depósito y en el artículo 1527 el contrato de mutuo, los cuales se presumen onerosos. Se advierte que el “permiso” de pactar una retribución en la época romana, en la actualidad se convirtió en regla para el depósito y el mutuo (salvo pacto en contrario), y que, para el comodato y la prenda, pasó de no permitirse en la época romana a no estipularse una regla, dejándolo librado a la autonomía de la voluntad de las partes. El derecho romano tiene influencia incluso en detalles.

En relación a la promesa, nuestro CC comenzó a permitir la promesa de contrato, siempre que fuera a persona o personas determinadas sobre un contrato en especial, con todos los antecedentes constitutivos. Además, incluía la promesa sobre cosas futuras, cuya entrega estaba supeditada al hecho de que lleguen a existir, salvo en los contratos aleatorios. Sin embargo, ante el incumplimiento de la promesa, se excluía la ejecución específica y solo se generaba la obligación de indemnizar daños y perjuicios si el

contrato era oneroso, no así cuando era gratuito, lo cual generaba una situación injusta.

Finalmente, el artículo 995 del CCyC también permite la promesa de contratos en la sección de contratos preliminares, salvo en aquellos para los cuales se exige una forma determinada bajo sanción de nulidad. Esta promesa, en virtud del principio de libertad contractual, obliga solo por el plazo en que fue pactada, el cual puede ser de hasta un año, aunque puede renovarse a su vencimiento. Al ser obligatoria, si alguna de las partes no cumple se prevé la ejecución forzada del contrato, no el pago de daños y perjuicios como era anteriormente (Herrera, Caramelo y Picasso, 2016). Este contrato alcanzará plena eficacia cuando se celebre el definitivo, el cual exige igualmente un nuevo proceso de formación del consentimiento.

Por lo tanto, vemos que hubo un cambio importante desde el período romano, ya que la promesa pasa de ser una mera obligación natural a ser una jurídica de ejecución forzada en nuestros tiempos.

Actualmente el principio de la buena fe, como estructura jurídica de la ley vigente, posee como novedad la introducción de un “Título Preliminar” compuesto por un capítulo destinado al “Derecho”, otro a la “Ley”, un tercero al “Ejercicio de los Derechos” y el último a “Derechos y Bienes”. Es en el de “Ejercicios de los Derechos” que su artículo 9º ordena que éstos deben ser ejercidos de buena fe (Córdoba, 2019).

Incorporando a la buena fe dentro del Título Preliminar coloca a este principio, de manera expresa y precisa en el lugar central permitiendo adoptar algunas reglas que le confirieron a todo el código, una significación general. De este modo, el sistema adquirió un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión.

VI. Conclusión

Consideramos destacar el peso que la tradición romana tiene en el tiempo actual en nuestra legislación, en nuestras costumbres, habiendo transcurrido muchísimos años y siendo épocas tan distantes. Son muchos los elementos que hoy conservamos desde el derecho romano más allá de su evolución.

Nuestros contratos marcan en forma central el “consentimiento” que siempre estuvo presente en Roma, en mayor o menor medida, más aún cuando fueron creados los contratos consensuales, los cuales son la base de todos nuestros contratos actuales. Con respecto a los contratos reales, hoy ya no utilizamos esa clasificación pero seguimos manteniendo los tipos de contratos que estaban incluidos en esa categoría.

El principio general de buena fe (*bona fides*) en la materia contractual asume en estos tiempos, además de las funciones que tradicionalmente se le atribuyen, un rol esencial en la transformación del concepto de contrato, según puede verse en algunas nuevas teorías contractuales y en una incipiente doctrina jurisprudencial.

Esta vigencia nos hace reflexionar sobre lo avanzados que estaban los romanos como para haber vislumbrado la creación de estos contratos utilizados hoy. Entendemos que los romanos siempre aprendían del pasado para no tropezarse dos veces con la misma piedra, esto es, lo que los llevó a tener ideas que perduran en el tiempo.

Bibliografía

Aula Virtual Instituciones Jurídicas de Derecho Romano. Recuperado de: <http://aulavirtualderechoromano.blogspot.com/2012/06/los-contratos-reales.html> (Consultado el 04/10/2020).

Aula Virtual Instituciones Jurídicas de Derecho Romano. Recuperado de: <http://derechoromanosaavedra.blogspot.com/2014/04/derecho-romano-ii-tema-7-los-contratos.html> (Consultado el 04/10/2020).

AYALA, M. (2014). “Los contratos en el Código Civil y Comercial. Una mirada general al Libro Tercero ‘Derechos personales’, En Revista Reformas Legislativas, diciembre de 2014. Buenos Aires: Ed. Infojus: Recuperado de: http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Ayala_loscontratosenelccc.pdf. (Consultado el 04/10/2020).

BARBÓN LACAMBRA, J. A. (2017). *La causa del contrato. Comparación entre el Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Thomson Reuters, p. 1.

BELDA, M. J. (2008). “Reconocimiento jurídico de los contratos innominados”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/61901269.pdf> (Consultado el 04/10/2020).

BORDA, A. (2016). *Derecho civil. Contratos*. Buenos Aires: Thomson Reuters.

Código Civil. Recuperado de: <https://digestocivilcomercial.wordpress.com/digesto-procesal-civil-y-comercial/codigo-civil-de-velez-con-notas/> (Consultado el 04/10/2020).

Código Civil (1869). Ediciones SAIJ. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000109999/109481/texactley340 libroII S1 tituloIII.htm> (Consultado el 04/10/2020).

Código Civil y Comercial De la Nación Comentado. Recuperado de: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo_comentado/CCyC TOMO 3 FISCAL completo digital.pdf (Consultado el 04/10/2020).

COSTA, J. C. (2016). *Manual de derecho romano público y privado*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, p. 270-293.

FERREIRA RUBIO, D. M. (1984). *La buena fe. El principio general en el Derecho civil*. Madrid: Montecorvo, p. 101. Respecto a la noción de buena fe como “cláusula general” y a su diferencia con el “principio general del derecho”, debe tenerse en cuenta la multivocidad de la expresión y las diferentes opiniones existentes. En contra, p.v. MARTINS COSTA, J. (1999). “A boa-fe no Direito Privado”. En *Revista Dos Tribunais*, San Pablo, Brasil, p. 315 y 342.

FREYTES, A. E. (2013). *El contrato en el Proyecto de Código. Concepto y*

clasificación. Buenos Aires: La Ley. Recuperado de: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/contratobanuarioCCyC.pdf> (Consultado el 04/10/2020).

GASTALDI, J. M. (1974). *El contrato de concesión privada*. Buenos Aires: Astrea.

HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo III. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Influencia del Derecho Romano en las obligaciones y contratos en la propiedad. Entrevista al Dr. Carlos Costa, Universidad Kennedy. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=hDD2mWZNZP0> (Consultado el 04/10/2020).

JURIO, M. L. y PARRA, R. A. (2015). “El concepto de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación”. En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP)*, Recuperado de: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50471/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Consultado el 04/10/2020).

LACAMBRA, B. J. A. (2017). *La causa del contrato. Comparación entre el Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Thomson Reuters.

LEVAGGI, A. (1982). *Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/documentos/lecciones-de-historia-juridica-ix-1982-levaggi-historia-del-derecho-de-las-obligaciones.pdf> (Consultado el 04/10/2020).

NICOLAU, N. L. (2019). *Tratado de la Buena Fe en el Derecho. Evolución del Principio*. Buenos Aires: Ed. de la Fundación Iberoamericana de Estudios Superiores, p. 293-307.

VILLARREAL, M. L. N. (2010). *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Bogotá: Editorial de la del Universidad Externado de Colombia.

El principio de libre circulación: antecedentes romanísticos. ¿Situaciones de excepción?

Por Laura L. Micieli,⁴⁸⁹ Adrián Gustavo Vedia⁴⁹⁰ y Yamila Fuentes Francis⁴⁹¹

I. Introducción

Nos toca transitar este 2020 con una nueva pandemia que azota a la humanidad. No resultan novedosas las pandemias para los seres vivos, las hubo y muchas a lo largo de la historia, y en esto hemos querido retrotraernos a la historia de Roma e indagar sobre cómo se trataban las pandemias en la antigüedad y en especial si esto generaba el cercenamiento de derecho, y en su caso, cuáles.

El derecho principal que se ha visto lesionado en esta pandemia es la libertad de circulación, que en el caso de nuestro país, de gran extensión territorial y con una organización federal, ha dado lugar a multiplicidad de

⁴⁸⁹ Titular de la Cátedra de Derecho Romano (UNLaR).

⁴⁹⁰ Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Romano (UNLaR).

⁴⁹¹ Adscripta de Derecho Romano (UNLaR).

situaciones en las cuales tanto la Nación, las provincias, los municipios e incluso las comunas tomaron sus propias decisiones en cuanto a la posibilidad de ingreso o egreso del lugar.

En la antigua Roma la situación de la pandemia era considerada como un castigo divino ante las afrentas que se realizaban a los dioses y a la vez generaba una relación directa con la dictadura.

El dictador, bien sabemos, es ese magistrado extraordinario que venía a subsanar el inconveniente externo o interno que podía azotar al pueblo durante un tiempo corto, breve, y se hizo costumbre o hábito que en ese caso se utilizara cuando se trataba de la pandemia. Un símbolo utilizado por el pueblo romano era como para clavar un clavo que se denominaba *clavi figendi*. Esto consistía en una tradición de clavar un clavo a la derecha del templo de júpiter en los *idus* de septiembre con el cual contaban los años. Esta tradición la hacía el máximo magistrado excepcional y se pedía que la hiciesen especial en los tiempos de peste con el objeto de combatirla.

Hay algunos paralelismos con nuestra situación actual respecto a esa que transitaron en reiteradas ocasiones el pueblo romano. Se han suspendido las garantías constitucionales; una de ellas es la del derecho a transitar libremente a lo largo y a lo ancho de nuestro territorio, derecho que es consagrado en el artículo 14 de la Constitución Nacional, y precisamente nos han requerido, podríamos decir conminado, durante un largo período a estar aislados, presos en alguna medida en nuestros domicilios. Las decisiones de envergadura en cuanto a la conducción de la situación sanitaria del país han estado a cargo del poder central. También en algún periodo se desligó a las provincias, como decía anteriormente, pero todas ellas tanto el poder central como los poderes provinciales siempre han estado acompañados de un comité de expertos que manejan la situación epidemiológica. Son infectólogos epidemiólogos aquellos que asesoran o que han asesorado en nuestro caso a este país respecto al tema pandémico. Olvidada quedó la situación de la economía, circunstancia que a la actualidad muestra los efectos nefastos que esto está ocasionando, como también quedaron olvidadas la sociología y la psiquiatría, áreas que han sido en alguna medida ignoradas, atendiendo al predominio de la salubridad a los fines de combatir la pandemia, contraponiéndose al bienestar algunas veces colectivo y algunas veces individual.

Bien señalaba presentemente que el derecho principal que ha sido restringido es el de la circulación y esto ha generado situaciones dolorosas, hasta podríamos decir contrarias al sentido de humanidad genéricamente entendido por el derecho natural. Porque se ha prohibido asistir a nuestros progenitores o a nuestros descendientes en situaciones extremas que incluso han concluido con la muerte, aunque no fueran derivadas de COVID-19. Esto en realidad pone en tela de análisis si en otras circunstancias semejantes que ha atravesado la humanidad se ha procedido de igual forma. Nosotros hemos indagado en las pandemias que atravesó la Antigüedad y en especial el pueblo romano, que tanto tiene para enseñar en cuanto a los derechos o las consecuencias jurídicas que esto puede traer aparejado. Podíamos aseverar que el papel de la Historia ante una crisis como la pandemia que hoy vivimos es juzgar el pasado para instruir el presente en beneficio del futuro.

El principio de la libre circulación en Roma desde esa pequeña aldea al Imperio se puede analizar de dos puntos de vista: desde la condición del individuo, es decir, señalando si era ciudadano romano o peregrino y el control de ingresos y egresos de fronteras, como también desde el punto de vista de aquellos habitantes del territorio para transitar libremente a través de las distintas vías de comunicación que unían a municipios a provincias cercanas o lejanas de Roma como punto neurálgico del Imperio y luego también en la parte oriental del mismo.

II. Algunas pandemias que afectaron a Roma desde su fundación hasta la caída del Imperio romano en época de Justiniano

El mundo antiguo se vio azotado por enfermedades que se extendieron velozmente con carácter epidémico y pandémico, produciendo gran mortalidad y disminución evidente de población. Estas epidemias en la Antigüedad eran denominadas pestes. Hubo ya muchas que son citadas precisamente en la Biblia, en el Antiguo Testamento, en el cual se puede hablar de varias pestes que afectaron a distintos pueblos. No nos vamos a

detener a hacer un análisis de cada una de ellas, pero sí traer algunas referencias con aquellas que afectaron puntualmente algunas partes de lo que luego sería el Imperio romano.

Se conoce o se habla de una peste en Siracusa, que esta plaga se produjo en el año 396 a. C. cuando el ejército cartaginés sitió Siracusa, en Italia. La enfermedad surgió entre los soldados cartagineses expandiéndose rápidamente entre ellos y diezmando su ejército. Los síntomas eran de carácter respiratorio, fiebre, tumefacción del cuello y dolores costales. Seguidamente aparecían disentería y erupciones en toda la superficie del cuerpo. De esta manera los soldados morían entre el cuarto y sexto día con ataques de delirio y sufrimientos atroces, y el más beneficiado en este sentido por esta peste no fue otro que el Imperio romano.

Luego podemos referirnos a la peste antonina, que aparece en el siglo II d. C. Cuando estaba Roma gobernada por el emperador Marco Aurelio, de la familia de los Antoninos, esta peste causó gran devastación en la capital del Imperio y se extiende a toda Italia y a la Galia en Francia. Justamente un personaje del cual van a tomar nombre los médicos es el de Galeno, quien describió los síntomas presentados por los enfermos de esta manera: ardor inflamatorio en los ojos, enrojecimiento géneris de la cavidad bucal o de la lengua, aversión a los alimentos, sed inextinguible, temperatura exterior normal contrastando con la sensación de abrasamiento interior, piel enrojecida y húmeda, tos violenta y ronca, agotamiento físico, gangrenas y como una separación espontánea de órganos y perturbaciones de las facultades intelectuales, delirio tranquilo y furioso y muerte entre el séptimo y noveno día. Una de las víctimas de la peste antonina fue el propio emperador Marco Aurelio, denominado justamente filósofo.

Las pestes para los romanos, como bien dijimos, eran vistas como un castigo divino derivado de la impía despreocupación en el seguimiento del ritual religioso marcado por la tradición.

Otra peste que afectó al Imperio romano fue la peste del siglo III, que provino de Egipto y se propagó con rapidez por Grecia e Italia, devastando el Imperio romano.

San Cipriano, obispo de Cartago, dejó la siguiente descripción de la dolencia. Se iniciaba con un fuerte dolor de vientre que agotaba las fuerzas y los enfermos se quejaban de un insoportable calor interno. Luego se

declaraba la angina dolorosa, vómitos que se acompañaban con dolores en las entrañas, los ojos inyectados con sangre, y unos perdían la audición y otros la vista. En Roma y en ciertas ciudades de Grecia morían cerca de cinco mil personas por día.

Y por último, una peste más conocida la denominada peste justiniana, que fue descrita por algunos historiadores y la ubicamos temporalmente en el año 542 d. C. Se origina en igual forma en Egipto, extendiéndose a Palestina, y llega por mar en los barcos procedentes de Oriente. Comenzaba con una fiebre intempestiva y a los pocos días aparecían unas hinchazones bubónicas en las axilas, detrás de las orejas y en los muslos, es decir, inflamación de ganglios. Luego unos quedaban sumidos en un coma profundo o en un estado delirante. Se producía inapetencia y a veces, en medio de un violento frenesí, se lanzaban al agua motivados justamente por el profundo ardor o calor que los invadía. Muchos morían rápidamente, otros a los pocos días, con unas pústulas negras que se abrían donde tenían la inflamación ganglionar. Se llegaban a situaciones extremas y morían entre cinco y diez mil personas cada día. La mortalidad de esta peste llegó al número de seiscientas mil personas, es decir, un tercio de la población de la ciudad. Esta plaga se conoció como la plaga de Justiniano porque se inició en el Imperio bizantino en épocas del gobierno de dicho emperador. Además, generó una reducción de la población del Imperio romano en un 50%.

III. Distintas medidas que se tomaron para combatir estas pestes

Tenían que ver con recluirse y evitar el contagio, pero esto implicaba un cercenamiento de la libertad de trasladarse o transportarse a distintas partes de la ciudad o del Imperio. Aunque no se llegaron a extremos impidiendo el ingreso a los distintos ámbitos de la República.

El interdicto que protegía la libre circulación y que surge en la época de la República romana es el denominado "*Ut via publica itinere publico ire agree liceat*", D. 43. 8. 2. 45. 145, y dice el pretor: "Vedo que se haga

violencia para que a uno no le sea lícito ir y conducir por vía pública o camino público”

Los romanos nunca dudaron en encuadrar sus vías públicas dentro de la categoría de las *Res Publicae* y más concretamente de las *Res Publicae In Usu Publico*. Las vías públicas de Roma forman parte del actualmente llamado erario público.

La ordenación de las vías públicas en derecho romano es muy amplia, efectiva y precisa, albergando los más diversos aspectos. Algunos de ellos son: las diversas clasificaciones viales, atendiendo a distintos criterios como la longitud, la titularidad del suelo, la procedencia de los fondos utilizados para la construcción; la regulación de los trabajos de construcción y conservación de las rutas; el régimen fiscal de las mismas; las cargas o privilegios impuestos a los ciudadanos ante la presencia de una vía; la diagramación de la circulación en los conglomerados urbanos tanto si se conducía a pie, a lomo de mula, a caballo o en carruajes.

En el espacio imperial romano no existió una disposición general o una norma prohibitiva que impidiera una libre circulación entre una ciudad y otra o entre las diferentes provincias. Las personas se movilizaban abiertamente, no deberían pagar *peages* por transitar en las vías.⁴⁹²

En definitiva, el sistema de líneas de comunicación implantado por Roma le sirvió para atender asuntos tan cruciales como la defensa en las fronteras, asegurar la buena administración de las provincias –lo que nos muestra la importancia que se concedió a las mismas–, facilitar los viajes e intercambios comerciales, expandir su derecho y su cultura entre los puntos más alejados e implantar con gran efectividad el *cursus publicus*, hechos todos ellos de no poca trascendencia. Además, gracias a esta excelente red de carreteras, no fueron pocos los romanos que se vieron animados a viajar, con la visita a ciudades motivadas en ocasiones por deberes cívicos o religiosos.

Es unánimemente aceptado que el mundo romano en el Alto Imperio conformó una *communitas* y una ecúmene mediterránea integrada y con libertad de desplazamiento de sus habitantes. Las fuentes son claras y

⁴⁹² HERNÁNDEZ GALINDO, J. (2014). “Leyes y sociedad en Roma: Leyes que regulan la vida en sociedad durante la Roma del Imperio”. En *La Voz del Derecho*, octubre del 2014.

explicitas a mostrar un mundo abierto, transitable, con posibilidad para viajar libremente de un lugar a otro. En el fondo, un *orbis* pacificado e interconectado. De esta forma, los miembros del Imperio ¿se movilizaron a entera voluntad? ¿Existió algún tipo de control interno y documentación que acreditara la identificación de ellos en periodo de pandemia? O quizás el control apuntaba a la individualidad y el cuidado de cada individuo, el que evitaba contagiarse de la enfermedad, tal es así que en numerosos relatos novelescos se muestra la existencia de enfermedades infectocontagiosas, donde los propios enfermos se recluirían en espacios destinados a ellos y a los que los ciudadanos no infectados evitaban asistir o concurrir.

Pero no hubo disposiciones de cercenamiento masivo de impedimento absoluto de circulación con control de ingresos y egresos de lugares con penalidades que corresponden a sanciones de delitos públicos, sino penalidades vinculadas a multas.

IV. El principio de libre circulación en la situación actual de pandemia en Argentina

El derecho a la libre circulación en nuestro país o “libre tránsito” está garantizado constitucionalmente mediante el artículo 14 “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”. Este derecho, tal como lo adelanta la propia carta magna, está sujeto a la reglamentación que muchas veces por diversas razones ha limitado su ejercicio.

Tenemos así motivos aduaneros, reglamentarios, de seguridad y salubridad que no afectan esta garantía. Pero pueden razones políticas sociales, como las circunstancias de conmoción interior o ataque exterior que dieran lugar al estado de sitio dar lugar a restricciones.

En este trabajo nos enfocamos en contrastar la situación sanitaria actual como fundamento de las restricciones a la libre circulación, con las circunstancias sanitarias de las pestes que sufrió la ciudadanía en la Roma imperial, y si esto justificó alguna limitación al derecho de libre tránsito en aquel entonces.

En este sentido, luego de que la Organización Mundial de la Salud declarara la situación sanitaria global como “pandemia”, en Argentina, mediante el Decreto N° 297/2020 se impuso el régimen de aislamiento social preventivo y obligatorio.

Este decreto limitó el derecho de libre circulación al imponer en sus artículos 2 y 3:

Artículo 2º. Durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el artículo 1º, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos.

Artículo 3º. El Ministerio de Seguridad dispondrá controles permanentes en rutas, vías y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos que determine, en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para garantizar el cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, de las normas vigentes dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria y de sus normas complementarias.

Este régimen, que fue actualizándose con flexibilizaciones paulatinas y regímenes locales, provinciales y municipales que acompañaban o eran diversos al régimen establecido por el gobierno central, generó diversos casos en los que la jurisprudencia debió interpretar la norma para resolver casos concretos a los que nos referiremos infra.

No podemos dejar de abordar que, para tener un claro parámetro de la entidad de restricciones que rigen sobre la libertad de circulación de

los ciudadanos argentinos en épocas de pandemia, debemos referirnos al régimen penal establecido en el artículo 205 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”, en concordancia con lo normado por el artículo 239: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.

En virtud de esto se inició un sinnúmero de procesos penales para imponer la sanción establecida a los ciudadanos que transgredieron estas normas impuestas por el aislamiento social y obligatorio.

Esto llevó a situaciones que hicieron repensar los protocolos y reglamentación, como el fallecimiento de personas con tratamiento oncológico u otras afecciones por falta de asistencia, o la imposibilidad de visitar a quien está en situaciones críticas por no poder viajar de una ciudad a otra.

El más trascendente de los casos que debió resolver la justicia, y en lo que respecta al enfoque de nuestro trabajo, es el supuesto de la disputa entre asociaciones rurales, quienes veían cercenados los derechos de libre tránsito, lo que afectaba su producción, y demás derechos. Y por otro lado, la Provincia de San Luis, que por disposiciones locales de estricto cumplimiento restringe el acceso.

La Sociedad Rural de Río Cuarto, la Asociación Fomento Rural Pueblo Torres de Vicuña Mackenna, la Asociación Civil de Transportistas de Achiras y el Consorcio Caminero N° 158 de Achiras interpusieron acción de amparo contra la Provincia de San Luis ante el Juzgado Federal de Río Cuarto, con el objeto de impedir que la demandada siga lesionando con ilegalidad y arbitrariedad manifiesta, los derechos constitucionales de entrar, permanecer y transitar, usar y disponer de la propiedad, ejercer industria lícita, comerciar y profesar libremente el culto, de cientos de ciudadanos y productores de las instituciones que representan, ocasionados por el Decreto 1894/2020 dictado por el Gobierno de la Provincia de San Luis (B.O. 1/4/2020), y los protocolos de ingreso y egreso de la provincia que han dispuesto el cierre de rutas. Solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de ambos instrumentos, con fundamento en que violentan

la Constitución Nacional, tratados internacionales de derechos humanos y las constituciones provinciales de Córdoba y San Luis.

Expusieron que se ha prohibido el acceso por la ruta provincial N° 30 que une La Punilla, en San Luis, con la ciudad de Río Cuarto, en Córdoba, con graves consecuencias a la población de las localidades de Achiras, Río Cuarto y su región, incluso Vicuña Mackenna. Además, relataron en su demanda que en caminos vecinales que vinculan ambas provincias, a cargo del consorcio caminero N° 158 de Achiras, las autoridades de la Provincia de San Luis han levantado terraplenes en el límite interprovincial y que el tránsito por la ruta nacional N° 8 está bloqueado afectando a las localidades de Sampacho, Suco y Chaján, vinculadas a Villa Mercedes (San Luis). Explicaron que para el sector agropecuario se dictó un protocolo que restringe el acceso a la provincia y las personas afectadas deben optar por realizar una cuarentena de 14 días o un hisopado a su cargo. A su vez, para la circulación interna existe un permiso especial que caduca al egresar (previa autorización) del territorio provincial. En cuanto al sector del transporte, afirmaron que se obliga a recorrer 120 km desde la localidad de La Punilla hasta Santa Rosa del Conlara o Villa Mercedes para realizar una desinfección exterior de los vehículos con costos exorbitantes. Sostuvieron que no se trata de un problema sectorizado, sino de toda la sociedad, y citaron como ejemplos a un jubilado de la localidad de Chaján (Córdoba) que percibe su haber en la ciudad de Villa Mercedes (San Luis); a un enfermero que trabaja en el dispensario de la localidad de La Punilla (San Luis); y a aquellos maestros que dan clase en las localidades de Villa del Carmen, La Punilla o Esquina del Morro (San Luis) pero que residen en Achiras (Córdoba). Adujeron que igual entidad tiene el ataque a la libertad de culto en la zona rural de La Punilla con la Iglesia del Cuadrado, que ha sido bloqueada con un terraplén y cuyo párroco reside en Achiras.

Solicitaron una medida cautelar innovativa, a fin de que se ordene la inmediata apertura de la ruta provincial N° 30, de los caminos vecinales y de la ruta nacional N° 8. Que los hechos que se denuncian y que, con carácter de público conocimiento, se sucedieron con posterioridad exigen que esta Corte –como custodio de las garantías constitucionales– requiera a ambas provincias involucradas en el *sub lite* los informes que estima necesarios al

objeto del pleito (artículo 36, inciso 40, apartado a) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello este caso, que aún no se resolvió en la Corte Suprema de Justicia, muestra claramente un conflicto interjurisdiccional donde existe una pugna entre los derechos de libre tránsito y todos los que de él se derivan, y se traducen en efectivos gracias a la libre circulación, por contraposición a las medidas sanitarias para prevenir y mitigar los contagios de coronavirus.

V. Conclusión

Como afirmábamos antes, en este trabajo nos enfocamos en comparar la situación sanitaria actual como fundamento de las restricciones a la libre circulación, con las circunstancias sanitarias de las pestes que sufrió la Roma imperial, y si esto justificó alguna limitación al derecho de libre tránsito en aquel entonces.

El derecho principal que se ha visto lesionado en esta pandemia es la libertad de circulación, que en el caso de nuestro país, de gran extensión territorial y con una organización federal, ha dado lugar a multiplicidad de situaciones en las cuales tanto la Nación, las provincias, los municipios e incluso las comunas tomaron sus propias decisiones en cuanto a la posibilidad de ingreso o egreso del lugar. En la antigua Roma, como también dijimos, la pandemia era considerada un castigo divino ante las afrentas que se realizaban a los dioses.

Las normas dispuestas por quien ostentaba el poder político en Roma cuando aparecían las frecuentes epidemias comportaban para los ciudadanos una restricción de sus derechos individuales, situación semejante a las dispuestas por nuestro gobierno. Éstas tenían que ver con recluirse y evitar el contagio, pero esto implicaba un cercenamiento de la libertad de trasladarse o transportarse a distintas partes de la ciudad o del Imperio.

También analizamos el interdicto que protegía la libre circulación y que surge en la época de la República romana, denominado "*Urvia publica itinere publico ire agree liceat*", D. 43. 8. 2. 45. 145, que enunciaba: "Vedo que se haga violencia para que a uno no le sea lícito ir y conducir por vía

pública o camino público”. Ahora bien debemos referirnos al régimen actual penal establecido en el artículo 205 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”, que concuerda con el artículo 239: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.

Como consecuencia, estas normas ocasionaron múltiples procesos penales para imponer la sanción establecida a los ciudadanos que las transgredieron.

Bibliografía

BALCARCE, F. (2011). *Derecho Penal: Parte Especial*. 3ª edición. Córdoba: Advocatus.

BIANCHI, A. (1992). *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ábaco.

BIDART CAMPOS, G. (1986-1995). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (6 tomos). Buenos Aires: Ediar.

Centro de Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (<http://www.cij.gov.ar>)

CREUS, C. (1996). *Derecho Penal: parte especial. Tomo 2*. 5ª edición. Buenos Aires: Astrea.

DUPONT F. (1992). *El Ciudadano Romano durante la Republica*. Buenos Aires: Vergara.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I. Buenos Aires: Driskill.

FRIEDLANDER, L. (2006). *La Sociedad Romana*. Barcelona: Fondo de Cultura Económica.

HERNANDÉZ GALINDO, J. (2014). “Leyes y sociedad en Roma: Leyes que regulan la vida en sociedad durante la Roma del Imperio”. En *La Voz del Derecho*, octubre del 2014.

MORELLO, A. (1989). *La Corte Suprema en acción*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

SAGUES, N. (1997). *Elementos de derecho constitucional*. 2ª ed. (2 tomos). Buenos Aires: Astrea.

VÁZQUEZ, H. (1998). *Diccionario de derecho romano. Palabras, locuciones*. Buenos Aires: Zavalía.

¿Qué se enseña cuando se enseña derecho romano? Una reflexión para romanistas desanimados

Por José María Monzón⁴⁹³

I. Introducción

Si bien el título parece un juego de palabras, no lo es. Más bien, es el disparador de una serie de preguntas sobre la enseñanza del derecho romano en el contexto actual, en el cual un repaso de los planes de estudio de las universidades argentinas muestra que esta asignatura ha perdido valor, sea porque pasó a ser una materia optativa o quedó reducida a un cuatrimestre, o directamente, figura en el plan de estudio si la universidad lo ha decidido así, pues no es más una asignatura obligatoria para la educación legal. Si esto responde a una tendencia a desvalorizar asignaturas que están “por fuera” del canon de la enseñanza profesionalista, que en el caso argentino es más que centenaria –como lo ha resaltado Fucito en su estudio sobre

⁴⁹³ Doctor en Derecho. Profesor de Teoría General y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Investigador permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la mencionada Facultad.

el profesor de derecho—,⁴⁹⁴ o una americanización del derecho – como se observa desde el siglo pasado en América Latina—, es un hecho que amerita un examen porque esta transformación no solo afecta a la educación legal argentina (es la que más nos preocupa por estar vinculados a ella de manera directa), sino también a otros países. En el caso argentino, involucra cuestiones que van desde el rol de abogado y la abogada hasta la adopción de un perfil adecuado a las necesidades del mercado laboral presente y futuro.

Por lo tanto, el desplazamiento de la enseñanza del derecho romano de los planes de estudio es el punto de partida de nuestro trabajo, en el que trataremos de examinar las razones de la desvalorización de esta rama del derecho y de ofrecer alguna solución que importe modificar la perspectiva que se tiene de la educación legal en la Argentina, ya que su adecuada enseñanza puede aportar valiosos elementos en la formación de la conciencia jurídica de los futuros abogados y abogadas.

Para comenzar, conviene notar que una primera mirada sobre este tema revela que los datos citados precedentemente no parecieran preocupar a quienes decidieron en los últimos años cuál debía ser la mejor formación que un abogado o una abogada debieran tener. El énfasis puesto en la formación para el mundo laboral a la larga se agota frente a los cambios que se dan el derecho contemporáneo y a los vaivenes del mercado laboral que –por cierto– no es estable ni mucho menos predecible. De ahí que a los graduados y a las graduadas les cueste entender las mutaciones sustanciales que se van manifestando en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, en razón de haber tenido una enseñanza de corte positivista y predominantemente exegética.

Aunque nadie duda que es relevante saber cómo ganar los juicios, esto no basta. Se precisa formar en los estudiantes una conciencia jurídica que les permita comprender los fundamentos de la evolución jurídica. Esto no significa que el abogado y la abogada deben tener una mente profética. Más bien, lo que se quiere decir es que se necesita una apertura mental

⁴⁹⁴ FUCITO, F. (2000). *El Profesor de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Nacional de La Plata*. La Plata: Editorial de la Universidad Nacional de La Plata Buenos Aires, p. 103-105.

para conocer, distinguir y valorar qué sucede en el derecho moderno, atendiendo a un presupuesto básico del conocimiento jurídico: el derecho –si es una ciencia– no es autónomo, es parte de una cultura.

Por lo tanto, a fin de indagar cómo mejorar la educación legal contemporánea, que es lo que importa en realidad, en el presente trabajo nos dedicaremos a responder a dos preguntas que pienso que son esenciales: en primer lugar, ¿qué importancia tiene hoy enseñar el derecho romano? Esto significa volver a destacar, por un lado, que el derecho latinoamericano tiene como su fuente esencial al derecho romano (esto no quita que habría que señalar a cuál derecho romano se refieren los romanistas y los civilistas), y por el otro, reflexionar acerca del lugar que debiera ocupar en los planes de estudios. En segundo lugar, existe una pregunta que no parece frecuentemente expuesta: en caso de que hayamos descubierto o redescubierto que debe enseñarse este derecho, lo que sigue es interrogarse sobre qué y cómo enseñarlo. Hay una tendencia manifiesta y clara en los textos universitarios a presentar los temas de manera descontextualizada. La agrupación tipo catálogo para exponer, por ejemplo, los contratos, no muestra ni la evolución de los mismos ni por qué algunos de ellos casi desaparecieron o por qué surgieron otros. Veamos otro ejemplo. No se comprende cabalmente la obra de Justiniano si no se tiene en cuenta, simultáneamente, que fue un emperador que también se involucró en cuestiones teológicas en el desarrollo del cristianismo.

Pero volviendo al tema que nos ocupa, las respuestas que vamos a ensayar se van a focalizar en tres puntos que, en nuestra apreciación, son lo que aporta el derecho romano a la educación legal: a) el valor de la *argumentación* y la *retórica* en la formación de la conciencia jurídica y en la defensa legal; b) el lugar de la *buena fe* en las obligaciones jurídicas; y c) el papel de la *equidad* en las decisiones judiciales. Por último, nos referiremos a su modo de enseñanza.

A partir de ellos es posible brindar una perspectiva diferente de la educación jurídica contemporánea y ensayar una propuesta superadora de la situación actual de las facultades de derecho, sabiendo de antemano que esto solo puede ser de remota aplicación, dadas las condiciones bajo las cuales las carreras de derecho funcionan en la Argentina. Empero, repito, a pesar de los obstáculos que tiene cualquier reforma sustancial del plan

de estudio vigente, conviene realizar este ejercicio, al menos, para valorizar lo que algunas universidades están haciendo, como la UCA y UFLO Universidad.⁴⁹⁵ En suma, lo que se pretende es realizar una reflexión que mueva a reconsiderar qué significa el derecho romano en nuestros días, una cuestión que también la sociedad lo requiere.

II. Argumentación y retórica

En un discurso dado por Terence F. MacCarthy el 15 de noviembre de 2007 al ser honrado con el premio Lifetime Excellence in Advocacy Award por parte del Stetson University College of Law, señaló, entre otros puntos, lo siguiente referido a la defensa en juicio:

The idea for the teaching of trial advocacy did not begin until 1971. It was first done in the summer of 1972. So we do not have to go too far back. Oh, I am sure there are some Doubting Thomases here who say "Wait a minute, Terry, what about the ancient Greeks, didn't they have advocates?" No, they did not.

There were no lawyers in ancient Greece. If you want proof of the problems that caused, go back and talk to Socrates. Socrates did not have a trial lawyer, and look what happened to him. There were no lawyers in ancient Greece.

Well, what about the Romans? There were lawyers in Rome, but they were not trial lawyers as we know them to be. The people tried their own cases. Self-

⁴⁹⁵ En el caso de la UCA, Derecho Romano figura en el plan de estudios 2020 en el segundo semestre del primer año, y en UFLO Universidad está incluida en el primer año y es semestral. En ambos casos es obligatoria. En cambio, por ejemplo, ni en la carrera de derecho de la Universidad de San Andrés ni en la de la Universidad Torcuato di Tella esta asignatura está en su plan de estudios.

*representation was the way it occurred in Rome. Oh, they could and frequently did bring in a lawyer, but they brought the lawyer in for a very specific and limited purpose. To give a speech. That was all they did. Rhetoric was big. They were good at rhetoric. A lawyer would come into the trial to simply give a speech. There was no need to teach trial advocacy. It did not exist.*⁴⁹⁶

En esta extensa y valiosa cita encontramos importantes apreciaciones que, aunque conciernen a la defensa en juicio, permiten apreciar la importancia de la formación legal romana.

En primer lugar, MacCarthy, partiendo de la idea de que en Roma había abogados, indica que cuando se recurría a ellos el instrumento principal de una defensa legal era la *retórica*, en lo cual, apunta, eran muy buenos. Acerca de esto conviene recordar el peso de la cultura griega, y en particular, el de la *oratoria política* y la *retórica*, y en particular, el trabajo de Aristóteles, quien escribe que “la retórica no pertenece a ningún género definido sino que le sucede como a la dialéctica; y, asimismo, que es útil y que su tarea no consiste en persuadir, sino en reconocer los medios de convicción más pertinentes para cada caso, tal como también ocurre con todas las otras artes (...) Entendamos por retórica la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer”.⁴⁹⁷

Aquí ya se encuentran también los problemas de la gramática que hoy se muestran activos por obra del peso que tiene la filosofía del lenguaje en el derecho contemporáneo, porque “la palabra (es) tan blanda y flexible que se la puede llevar a donde uno quiera”,⁴⁹⁸ como Cicerón lo demuestra al decir que “toda mi defensa de Cecina versó sobre las palabras del interdicto: tuve que explicar y definir las cosas embrolladas, hacer el elogio del derecho civil, distinguir las palabras ambiguas. En la ley Manilia, elogí a Pompeyo, y tuve que usar un estilo rico y elegante, aunque templado. En

⁴⁹⁶ MACCARTHY, T. F. (2008). “The History of The Teaching of Trial Advocacy”. En *Stetson Law Review*, 38, p. 117-118.

⁴⁹⁷ ARISTÓTELES, *Reth.*, I, 10-15 y I, 29.

⁴⁹⁸ CICERÓN, *Orat.*, XVI, 52.

la causa de Rabirio iba envuelto el derecho de majestad; por eso recurrí a todo linaje de encendida amplificación”.⁴⁹⁹

También hay que tener en cuenta que, aunque la *retórica* tiene un gran ejemplo en Cicerón, “*In fact, the art of rhetoric was originally created as a flexible technique for training advocates to present cases in Greek and Roman law courts. Moreover, for nearly 1000 years, the study of rhetoric was at the core of both Greek and Roman education and, in one form or another, has been part of most formal education since that time*”.⁵⁰⁰

Pero volviendo a la cita de MacCarthy, si los abogados no eran entrenados en la defensa en juicios era porque tal cosa no existía en Roma.⁵⁰¹ Sin embargo, “*Roman advocates (advocati, causidici, rhetores) and jurists (iuris prudentes, iuris periti, iuris consulti) were trained to ‘see’ legal rules in various ways, some of which were mutually constitutive and some exclusive. Both advocates and jurists continued to be part of a culture of argument that was framed and sponsored by legal institutions, until the sixth century AD and beyond*”.⁵⁰²

Segundo, MacCarthy ofrece seguidamente otros temas de interés: por un lado, dice que los abogados romanos eran entrenados en “*to ‘see’ legal rules in various ways*”, y por el otro, estaban inmersos en la *cultura de la argumentación*, la que era conformada y promovida por las instituciones legales de la época. Mientras lo primero expone la importancia de formar

⁴⁹⁹ CICERÓN, *op. cit.* XXVIII, 102.

⁵⁰⁰ FROST, M. (1999). “Introduction to Classical Legal Rhetoric: A Lost Heritage” En *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 8, p. 614.

⁵⁰¹ “There were two Roman legal professions, not just one: The advocates and the jurists. Each had its own principles and esprit de corps, and they glared at each other, mostly across a great gulf. Yet in the practice of the law they both played essential parts ... both professions, both modes of thinking and arguing, were structurally part of the same legal system, and complementary” en CROOK (2016) cit. in HUMFRESS, C. “Telling Stories About (Roman) Law: Rules And Concepts In Legal Discourse”. En DRESCH, P. y SCHEELE, J. *Legalism. Rules and Categories*. Oxford: Oxford University Press.

⁵⁰² HUMFRESS, *op. cit.*

en los estudiantes de derecho una conciencia jurídica que les permita considerar todos los puntos de vista en juego (económico, político, filosófico, histórico, sociológico y psicológico) en un proyecto de ley, una ley, una jurisprudencia, una sentencia o un caso concreto (aquí importa el uso de clases prácticas donde se asuman diferentes roles por parte de los estudiantes de modo de entender los diferentes puntos de vista); lo segundo apunta al estudio de la defensa en juicio y al modo de hacerla, donde surge la relevancia de la *argumentación*. Acerca de esto interesa una cita de Cicerón:

Hijo: —¿En qué consiste la fuerza oratoria?

Cicerón: —En la *invención* y *colocación* de las cosas y de las palabras (...) ⁵⁰³ el acusador expone los hechos por su orden, y propone con vehemencia cada uno de los argumentos, como si tuviera, por decirlo así, el arma en la mano: concluye con bríos y acritud; y confirma con tablas, decretos, testimonios, etc., deteniéndose mucho en cada cosa: se vale de los preceptos del epílogo para mover los ánimos, mostrándose vehemente en todo el discurso, y sobre todo en la peroración. Su propósito es indignar al juez.

H: —¿Qué ha de hacer el reo?

C: —Todo lo contrario. Él epílogo ha de ser propio para conciliarse la benevolencia: de la *narración* debe cercenarse todo lo que perjudique, y aún omitirse toda ella si nada contiene de favorable. Las pruebas del contrario han de destruirse, o menoscabarse, u oscurecerse con digresiones. En él epílogo se implorará la misericordia de los jueces.

H: —¿Se puede observar siempre este orden?

C: —No siempre. El juicio del auditorio debe servir de guía al orador prudente: lo que se oye con disgusto debe omitirse. ⁵⁰⁴

⁵⁰³ “(...) La *invención* se dice propiamente de las cosas, la elocución de las palabras. El colocar, aunque es común, se refiere principalmente a la *invención*. La voz, el gesto, el ademán y todo lo que se refiere a la *acción* acompaña a la elocuencia, y de todas estas cosas es conservadora la memoria.” En CICERÓN, *Part. orat.*, 3. Éste añade posteriormente que “la *invención* es la primera cualidad del orador” y con esto se buscan “pruebas con que hacer creíble su causa a los que quiera persuadir, y medios de conmover su ánimo”. En CICERÓN, *op. cit.*, 5.

⁵⁰⁴ CICERÓN, *op. cit.*, 14.

El valor de saber argumentar viene dado por la siguiente reflexión de Cicerón:

la argumentación es la explanación del argumento. En ella, de lo no dudoso o probable deduces lo dudoso o menos probable. Dos modos hay de argumentar: uno que se dirige principalmente a la convicción, otro a mover los afectos. En el primero se propone lo que se va a probar, se toma el medio para probarlo, y confirmado éste, se vuelve al propósito y se concluye. La otra argumentación procede al contrario: propone primero el medio y lo confirma, y después de conmovir los ánimos llega por fin a su propósito.⁵⁰⁵

Para Cicerón, la *argumentación* “se divide en confirmación y refutación: en la confirmación queremos probar nuestra causa; en la refutación destruir la del contrario. Como en toda controversia se pregunta primero si la cosa existe o no; segundo, qué es, y tercero, cómo es; en el primer caso vale la conjetura, en el segundo la definición, en el tercero la razón”.⁵⁰⁶

Sin embargo, al ser la *argumentación* una técnica ella puede ser usada de modo contrario a la ética. De ahí que Quintiliano advierta que “también el hombre malo compone un exordio, una narración, y entabla sus argumentos tan diestramente que no hay más que pedir”.⁵⁰⁷ O luego agregue que “luego que se hizo comercio del arte de hablar y se comenzó a abusar de los bienes de la elocuencia, los que eran tenidos por elocuentes abandonaron el cuidado de las costumbres; y abandonado éste, fue como presa de los malos ingenios”.⁵⁰⁸ Empero, “Y así dado caso que la oratoria sirva para lo bueno y lo malo, no debemos condenar una cosa de que podemos hacer buen uso”.⁵⁰⁹

⁵⁰⁵ CICERÓN, *op. cit.*, 46.

⁵⁰⁶ CICERÓN, *op. cit.*, 33.

⁵⁰⁷ QUINTILIANO, *Inst. or.*, XXI. Por eso, mientras “algunos pretenden que aun los hombres malos pueden llegar a ser oradores; otros, por el contrario (a cuya opinión me arrimo), dicen que el arte de que tratamos no puede convenir sino a los buenos” (*Inst. or.*, XVI).

⁵⁰⁸ QUINTILIANO, *op. cit.*, I, 2.

⁵⁰⁹ QUINTILIANO, *op. cit.*, XVII, 2.

Tercero, desde la perspectiva moderna, la relevancia del saber argumentar ha sido puesta al día, por ejemplo, por Perelman⁵¹⁰ y Schauer, para quienes

*it is true that both knowing some legal rules and acquiring the skills of lawyering are important to success in the practice of law. And it is also true that some of this knowledge is usefully gained in law school. But what really distinguishes lawyers from other sorts of folk, so it is said, is mastery of an array of talents in argument and decision making that are often collectively described as legal reasoning. So even though law schools do teach some legal rules and some practical professional skills, the law schools also maintain that their most important mission is to train students in the arts of legal argument, legal decisionmaking, and legal reasoning—in thinking like a lawyer.*⁵¹¹

Por consiguiente, lo que el estudiante de derecho debe aprender es el *razonamiento legal*, y a esto contribuye el derecho romano, pues “*But what really distinguishes lawyers from other sorts of folk, so it is said, is mastery of an array of talents in argument and decision making that are often collectively described as legal reasoning*”. Con base en esto, podemos afirmar la

⁵¹⁰ “Hace unos cuarenta años se redescubre la retórica, un nuevo Mediterráneo helénico (...). Ahora bien, la retórica moderna no renace ya como arte o conjunto sistemático de reglas derivadas de la observación y el uso continuado y ya familiar de su objeto, capaces de generar en quien las estudia y asimila la facultad de producir una actividad humana (en el caso de la retórica, el discurso persuasivo y elocuente) encaminada a un resultado útil (en el caso de la retórica, la persuasión del auditorio), sino como mera teoría, bien de la argumentación (*Nouvelle Rhétorique*), bien de las figuras del lenguaje (*Rhétorique Générale*). Da la impresión de que se prefiere lo teórico a lo prescriptivo, se abraza entusiásticamente la teorización sobre los dos componentes fundamentales de la retórica, y, en cambio, se rechaza por acientífico, o sospechoso de serio, todo lo que tenga trazas de recomendaciones, disposiciones o recetas de dicho arte” en LOPEZ EIRE, A. (1995). “Retórica Antigua y Retórica Moderna”. En *Humanitas*, Vol. XLVII, p. 871.

⁵¹¹ SCHAUER, F. (2009). *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, p. 1.

conveniencia de enseñar la *retórica* y la *argumentación*, pues como escribe una investigadora para Quintiliano su “*legalism was tightly bound within an elite culture of argument. In addition to teaching advocates how to handle legal rules, this culture of argument also taught them how to arrive at ‘the facts’ of a case through a technical process of classification and categorization*”.⁵¹²

Y tercero, se observa otro elemento de importancia de una adecuada educación legal: la relación entre *argumentación* y hechos. La vinculación entre la *argumentación*, la *narración* y los hechos apunta a una relación clave para la defensa en juicio que indica la función histórica y narrativa que asume tanto el abogado y la abogada como el tribunal, donde si bien en principio existe una búsqueda compartida de la verdad, también puede darse solo una búsqueda parcial de la misma, porque ¿todos los operadores jurídicos están interesados en develar lo que realmente ha ocurrido en un conflicto legal? Estas y otras preguntas podrían hacerse, pero esto no es objeto de nuestro trabajo aunque correspondía advertirlo. Pero volviendo al tema central es necesario indicar que “*The current lawyer could benefit from looking at the rhetorical forms of speech and trying to use them more often. They make what we say more pleasant and more importantly they help people remember what we have said*”.⁵¹³

Empero, para llegar a esta recuperación de la *retórica* y de la *argumentación* hubo que superar diversos obstáculos: el primero de ellos, la evolución que se fue manifestando con los siglos posteriores al Imperio romano, cuyos efectos persistirán hasta nuestra época y se reflejarán, por ejemplo pero no exclusivamente, en la educación legal argentina. En este sentido, anota Stein un punto de partida histórico necesario para entender los debates acerca de cuál debe ser la educación legal imprescindible:

At the beginning of the empire, there were two contrasting movements at work among the Roman jurists. On the one hand, there was pressure for more rationalism in the law, for identifying a coherent set of rules and remedies, each with precisely defined limits, and for the use of logic in the application

⁵¹² HUMFRESS, *op. cit.*

⁵¹³ MACCARTHY, *op. cit.*, p. 129.

*of those rules. On the other hand, there was a counter-movement to avoid too many precise rules, with a view to preserving as much flexibility as possible, to avoid logic as being too remote from experience, and to concentrate on the decision in the individual case.*⁵¹⁴

*The Roman jurists, whose works are excerpted in Justinian's Digest, are noted for their pragmatic approach to cases and for the subtlety of their casuistic reasoning. They did not generally indulge in discussions of legal theory. It should not, however, be assumed that because they did not articulate comprehensive legal theories, they lacked ideas about the nature of law. For the period of the Roman republic, these ideas have to be inferred from the bare decisions, but by the beginning of the empire, differences in the jurists' reasoning reveal more of their conceptions of the nature of the work in which they were engaged.*⁵¹⁵

Tenemos entonces un enfrentamiento entre el enfoque pragmático y el enfoque racional, una distinción que sobrevivirá hasta nuestra época en las controversias entre quienes se aferran a una enseñanza legal exegética y teórica y quienes defienden una educación eminentemente práctica.

Entonces surge —a medida que se ahonda la distinción y la separación entre teoría y práctica— una enseñanza del derecho romano de tono eminentemente profesoral (quizás el punto más problemático de la significación negativa del derecho romano desde hace varias décadas en la Argentina).⁵¹⁶ De ahí que sea acertado subrayar que “el derecho romano medieval y moderno (que

⁵¹⁴ STEIN, P. (1995). “Interpretation and Legal Reasoning in Roman Law.” En *Chicago-Kent Law Review*, 70, p. 1544-1545.

⁵¹⁵ STEIN, *op. cit.*, p. 1539.

⁵¹⁶ Esto no ocurre sólo en la Argentina, como observa Hoffman: “Law school classes up until the time of Dean Langdell and continuing during his tenure as dean were largely taught by practitioners who also taught or by law teachers with extensive practice backgrounds. There was no divide at this time between theory and practice because law faculties were firmly rooted in both camps. This, however, was soon to change. Charles William Eliot, president of Harvard University at the time of Langdell's appointment as dean, predicted: ‘In due course ... there will be produced in this country a body of men learned in the law, who have never been on

podría ser llamado el neo-derecho romano de la Europa Occidental) fue creado por los catedráticos”.⁵¹⁷

Por consiguiente, si se asume que lo que se enseña es más un derecho romano de tono profesoral, no cabe duda de que su enseñanza resulta innecesaria, o al menos prescindible. De todas maneras, esto puede ser salvado si se parte del punto de vista que ofrecemos: el del que toma como elementos necesarios de una correcta educación legal a la *retórica* y a la *argumentación*.⁵¹⁸ Sin embargo, el aporte romano no termina acá. En el tema contractual (uno de los grandes temas del derecho moderno) encontramos un punto relevante y controvertido: la confluencia de la ética y el derecho en la elaboración de la noción de la *buena fe*, que examinaremos en el apartado siguiente.

III. La buena fe

the bench or at the bar, but who never the less hold positions of great weight and influence as teachers of the law This, I venture to predict, is one of the most far-reaching changes in the organization of the profession that has ever been made in our country.” En HOFFMAN, P. T. (2012). “Teaching Theory Versus Practice: Are We Training Lawyers or Plumbers?” En *Michigan State Law Review*, 2, p. 629-630, citando a Robert Stevens y Arthur Sutherland.

⁵¹⁷ VAN CAENEGEM, R. C. (2011). *Jueces, legisladores y profesores. Fases de la historia jurídica europea*. Lima: Palestra Editores, p. 73.

⁵¹⁸ Por ejemplo, en otra área del conocimiento, “En ningún siglo anterior al siglo XX (desde los tiempos en que se hizo efectiva la mecánica democrática que convirtió el discurso retórico en uno de los elementos más poderosos de la sociedad), se había experimentado con tanta fuerza el tremendo poder social del discurso oral persuasivo, tanto en los discursos informativo y propagandístico como en el discurso publicitario, poderosos modos de persuasión de masas. La civilización mediática nos ha devuelto, sin perder las adquisiciones de la civilización de la escritura, a la civilización oral antigua en virtud de los medios audiovisuales de que disponemos en la actualidad” en PUJANTE, D. (2011). “Teoría Del Discurso Retórico Aplicada a los Nuevos Lenguajes. El Complejo Predominio de la *Elocutio*”. En *Rétor*, 1, 2, p. 188.

Si bien alguien podría concordar con lo dicho hasta ahora, esto no quita que se puede seguir insistiendo sobre qué aporta el derecho romano a temas como los *click-and-browse-contracts* o la oferta pública de acciones. Nuevamente la objeción puede ser desechada cuando se examina la *buena fe*. Por cierto, este tema no es desconocido por el derecho contemporáneo sino que se lo resalta en diversos textos jurídicos nacionales e internacionales. Sin embargo, no resulta tan claro si los juristas y legisladores modernos entienden lo mismo que concebían Cicerón y los juristas romanos. Con la finalidad de develar esto conviene primero observar qué es la *buena fe* para los juristas, jueces y legisladores en nuestra época para luego examinar el pensamiento legal romano.

El nuevo Código Civil y Comercial argentino expresa con relación a la *buena fe* lo siguiente en el artículo 9: “Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Acerca de esto, Marisa Herrera y Gustavo Caramelo comentan que

Incorporar a la buena fe dentro del Título Preliminar coloca a este principio, de manera expresa y precisa, en el lugar central que debe observar en el derecho privado contemporáneo. ¿Acaso sería posible edificar un texto civil y comercial si no se partiera de la idea de que se presume la buena fe, la honestidad, la lealtad en las conductas de las personas? No es casualidad que el principio de la buena fe se haya gestado y consolidado en el campo del derecho privado patrimonial, más precisamente, dentro de la teoría general de los contratos.⁵¹⁹

En suma, siendo este el primer artículo con el que se inaugura el Capítulo 3 del Título Preliminar dedicado al “Ejercicio de los derechos”, es dable señalar que éste está dirigido en especial a los ciudadanos, siendo ellos quienes deben actuar de buena fe (art. en análisis); no abusar del derecho (art. 10); no abusar de su posición dominante (art. 11); observar la ley (art. 12),

⁵¹⁹ CAMELO, G., HERRERA, M. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Infojus, p. 35-36.

siendo imposible renunciar a ella (art. 13), reconociéndoles tanto derechos individuales como de incidencia colectiva (art. 14). Desde el punto de vista sistémico, se puede aseverar que estos principios en el ejercicio de derechos subjetivos son, a la par, fuentes del derecho y pautas de interpretación hábiles para determinar la razonabilidad de una decisión judicial y la coherencia con todo el ordenamiento jurídico –tanto hacia adentro como hacia afuera del CCyC, es decir intra y extra sistema–, el que involucra los tratados de derechos humanos en los que el país es parte –en consonancia con lo dispuesto en los arts. 1º y 2º–. De este modo, y de manera rápida, se advierte la interrelación que muestra el Título Preliminar.⁵²⁰

Esto se relaciona, por ejemplo, con el artículo 10, que trata del abuso del derecho, donde entre otros puntos se establece que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Por su parte, si se toma como otro ejemplo lo que sucede en el derecho colombiano, en éste se nota que “resalta el carácter normativo de la buena fe, esto es, su capacidad para crear permanentemente reglas que las partes deben cumplir durante el *iter* contractual y su efecto integrador del contrato, en virtud del cual no se hace necesario pactar la buena fe para que los efectos derivados de la misma operen sobre todo contrato”.⁵²¹ Por eso,

la amplitud del principio, ese *manare latissime* o significado profundo y amplio del que hablaba Cicerón (*de off.* 3. 17. 70), que hace que la buena fe esté presente en las cosas fundamentales de la vida social, y que vincula al principio con deberes de honestidad, de probidad, de consideración de los intereses de la contraparte y por ende de colaboración y de solidaridad, de claridad, de diligencia, de equilibrio, de reciprocidad y de lealtad, entre otros muchos, que conducen a vedar el abuso del derecho o el enriqueci-

⁵²⁰ CAMELO, HERRERA, y PICASSO, *op. cit.*, p. 37.

⁵²¹ NEME VILLARREAL, M. L. (2006). “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano.” En *Revista de Derecho Privado*, 11, p. 88.

miento sin causa, todas reglas que emanan del principio de buena fe, lejos de diluir el principio de buena fe en una norma moral abstracta, hace que por el contrario lo concreten en valores objetivos, determinados por la riqueza de las reglas que emanan de la buena fe, que no admiten discrecionalidad alguna, pues el propio juez en su aplicación está sometido a los preceptos del principio.⁵²²

Lo expuesto indica que una fuente de este principio la encontramos en la obra de Cicerón. Para comprender su pensamiento es necesario partir de una premisa que no queda clara en el derecho moderno, o al menos se la observa como fuente de controversias: la *buena fe* ¿es un concepto legal o una concepción estrechamente vinculada a la ética? Porque para Cicerón la oposición que se establece entre la *buena fe* y el *dolo malo* tiene su paralelo en la que existe entre las virtudes y los vicios. Por eso, Cicerón al desarrollar esta idea se refiere al *dolo malo* y a quienes lo usan diciendo que éstos son “pérfidos, malos y perjudiciales, y no pueden hacer cosa alguna útil, acompañándola tantos vicios”.⁵²³

Ahora bien, para saber qué es el *dolo malo* Cicerón acude a citar lo dicho por su amigo Aquilio, quien cuando le preguntaban qué era este *dolo* respondía: “dar a entender una cosa y hacer otra”, respuesta que logra el elogio de Cicerón, pues dice de ella que es “admirable (...) y digna de un sabio”. Por consiguiente “(...) todos aquellos que se valen de estos artificios y engaños, son pérfidos, malos y perjudiciales, y no pueden hacer cosa alguna útil, acompañándola tantos vicios”. En consecuencia, “el dolo malo consiste, según dice Aquilio, en el fingimiento y simulación. Esto supuesto, se ha de desterrar de cualquier contrato toda mentira; de manera que ni el vendedor use de fraude con el comprador, ni tampoco éste contra aquel que algo le vendiere; y si se avocaren las dos partes, basta una sola palabra del uno y del otro”.⁵²⁴

Porque “el hombre de bien no fingirá, ni callará cosa alguna por comprar

⁵²² NEME VILLARREAL, *op. cit.*, p. 88-89.

⁵²³ CICERÓN, *De off.*, L. III, Cap. XIV.

⁵²⁴ CICERÓN, *op. cit.*, L. III, Caps. XIV y XV. En el Código Civil y Comercial argentino, en el artículo 271 se establece que la “Acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de

ni vender con más conveniencia”. Luego, el *dolo malo* –agrega Cicerón– está prohibido por las leyes como las Doce Tablas y la Ley Letoria contra los perjuicios de los menores, y fuera de las leyes, en los juicios que llevan la fórmula de *buena fe* y en la dote donde se añaden las palabras *como sea mejor y más justo* y en la venta de confianza, que dice: *se debe obrar bien como entre buenos*.⁵²⁵ Pero lo que interesa es esta observación de Cicerón: “Sea, pues, el dolo malo simulación o disimulación, cierto que hay muy pocas cosas en que no intervenga; y si el hombre de bien es aquel que aprovecha a cuantos puede, sin hacer agravio a nadie, en verdad que tendremos harta dificultad en encontrarle”.⁵²⁶

Se deduce, entonces, que la *buena fe* se vincula a dos principios que se relacionan con la *justicia*: lo primero, que no se haga daño a nadie, y lo segundo, que se mire por la común utilidad. Empero, la obligación puede variar si se mudan las circunstancias. Es decir, que, en general, se debe cumplir con lo convenido salvo que circunstancias particulares ameriten no hacerlo. Es así que se toma como patrón de conducta a la persona de bien, quien solo actúa de modo contrario a lo convenido cuando –a veces– es justo no cumplir lo prometido, no volver el depósito, y el no guardar y desentenderse de otras cosas porque la buena fe y la verdad lo requieren. En estos casos, la cuestión pasa por lo siguiente:

(...) hay casos y circunstancias en que lo que parece digno de un hombre

lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación”. Con relación a esto, la comentarista Benavente dice que “el dolo es uno de los vicios clásicos de la voluntad, pues suprime la intención. Tiene distintos significados, pero aquí se lo estudia como vicio de la voluntad. Consiste fundamentalmente en realizar una maniobra engañosa o incurrir en una omisión o reticencia que produzca el mismo efecto (...) El ardid, la astucia y la maquinación deben ser idóneos para configurar una maniobra ilícita que determine la voluntad de otra persona, llevándola a realizar un acto jurídico que de otro modo no hubiera celebrado” en CAMELO, HERRERA, y PICASSO, *op. cit.*, p. 453.

⁵²⁵ CICERÓN, *op. cit.*, L. III, Cap. XV.

⁵²⁶ *Ídem*.

justificado, a quien llamamos hombre de bien, varía totalmente y se muda en lo contrario: de forma que viene a ser justo no cumplir lo prometido, no volver el depósito, y el no guardar y desentenderse de otras cosas que la buena fe y la verdad requieren. Porque es necesario referirse en todo a aquellos fundamentos de la justicia que propuse al principio: lo primero que no se haga daño a nadie, y lo segundo que se mire por la común utilidad. A proporción que varían las circunstancias se mudan también las obligaciones, y no siempre son las mismas. Porque puede ocurrir alguna promesa convención, cuyo cumplimiento no sea útil o a quien la hizo o a quien fue prometida.⁵²⁷

En cuanto a si existe una teoría de la *buena fe*, no es de interés ni de Cicerón ni de los juristas romanos formular teorías. Esto agudamente —hace un par de siglos atrás— lo observó el jurista Savigny cuando escribió que

Quando (los juristas romanos) tienen que considerar un caso de derecho, parten de la viva intuición de éste, y ante nosotros se desarrolla poco a poco y plenamente, como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que del mismo deba deducirse. De este modo, no hay para ellos una distinción clara entre la teoría y la práctica: la teoría se lleva hasta la más inmediata aplicación y la práctica véase siempre elevada a la altura del proceso científico. En cada teorema fundamental véase a un mismo tiempo un caso de aplicación, al modo cómo en todo caso práctico se descubre la regla que lo informa, revelando además una gran maestría en la facilidad con que pasan de lo general a lo particular y viceversa. Realmente, en este método especial, para encontrar y exponer el derecho, radica su particular mérito, siendo de notar que en ellos el arte se ha perfeccionado con el conocimiento y la exposición científica, sin perder por ello la evidencia y la vida que son características de los tiempos primitivos.⁵²⁸

Por último, queda por referirse a la *buena fe objetiva*. Ésta surge —como

⁵²⁷ CICERÓN, *op. cit.*, L. I, Cap. X.

⁵²⁸ SAVIGNY, F. C. de (2015). *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, p. 44.

expone la catedrática de derecho romano Sansón Rodríguez— en conexión con las relaciones protegidas con los *bonae fidei iudicia* y, dentro de ellas, los contratos consensuales. Y advierte lo que hay que tener en cuenta cuando eso se lo quiere relacionar con el derecho actual (una perspectiva muy difundida en varios ámbitos académicos).

Hoy se ha llegado a un concepto único de contrato, inspirado en las características propias de estos contratos (consensuales), pero la particularidad romana consiste en haber distinguido entre tipos de contratos según que la acción que los protegiera fuera una acción de buena fe, que, al permitir al juez tener en cuenta todas las circunstancias del caso y lo que las partes podían exigirse según las reglas de la buena fe, concedía un amplio margen al arbitrio judicial, o fuera una acción de derecho estricto, en las que el juez no disponía de esta discrecionalidad.⁵²⁹

Y agrega dos datos de importancia:

En el derecho romano clásico las exigencias de la buena fe no quedaron limitadas a los *bonae fidei iudicia* y se trasladaron también a las relaciones protegidas por acciones de derecho estricto. El medio que se empleó para dar cauce a la necesidad de acercar las acciones *stricti iuris* a las acciones de buena fe fue la *exceptio doli*, que ampliaba las facultades de apreciación del juez. Este acercamiento fue acompañado de una objetivación del concepto de dolo en la *exceptio doli*, pues ahora se entendía que en ella el dolo era el comportamiento contrario a la buena fe, no necesariamente malicioso e intencionado.⁵³⁰

En concordancia con lo dicho hasta ahora se puede decir que la *buena fe* en el derecho clásico sirve en los casos de oscuridad de lo actuado una

⁵²⁹ SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V. (2001). “La Buena Fe en el Cumplimiento de las Obligaciones Contractuales en el Derecho Romano Clásico. Especial Referencia al Problema de la Bilateralidad en los Contratos Consensuales.” En *Anales de la Facultad de Derecho*, 18, p. 38.

⁵³⁰ SANSÓN RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 39.

función interpretativa del contrato, de su objeto y sus efectos, es decir, a lo que la *buena fe* exige de las partes, o sea a lo convenido.⁵³¹

Además, la *buena fe* ayuda a integrar el contenido del contrato en el caso concreto, por ejemplo, las obligaciones no previstas por las partes pero que son exigibles cuando vienen determinadas directamente por la *buena fe*. Pero también existen obligaciones previstas por las partes que no son exigibles por la *buena fe*: “Se puede decir que más bien en general la función de la buena fe es la de imponer límites a la libertad de apreciación del juez en estos *iudicia bonae fidei*”.⁵³² De lo expuesto surge una pregunta relevante para los operadores jurídicos: ¿es posible compatibilizar estas ideas con las concepciones del positivismo jurídico o las del utilitarismo? La respuesta la daremos en la conclusión.

IV. La equidad

Cuando nos dirigimos a observar lo que los jueces deciden o cómo lo hacen, surge un dato clave que nos obliga a volver una vez más la mirada al derecho romano: la *equidad*. Para entender la tarea judicial es útil recordar lo que Pound escribió hace tiempo atrás:

(...) the administration of justice involves more than the interpreting and applying of given precepts by means of a traditional technique. It happens continually that courts must choose between competing principles, developing the one and distinguishing the other. They must choose to apply this precept by analogy and thus to extend its scope, and to restrict that precept that might well cover the case. They must choose to go in one path of legal analogy and not in another, where both lie open before them. The choice is not one of inexorable logic. Nor is it a matter of mere personal inclination or personal caprice. It is governed by settled ideals of the end of law and of what the legal order, and

⁵³¹ SANSÓN RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 41.

⁵³² SANSÓN RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 42.

*hence what legal precepts, should be in view thereof.*⁵³³

En esta cita es la advertencia inicial la que interesa subrayar: *“the administration of justice involves more than the interpreting and applying of given precepts by means of a traditional technique”*. Tampoco es *“a matter of mere personal inclination or personal caprice. It is governed by settled ideals of the end of law and of what the legal order, and hence what legal precepts, should be in view thereof”*. En este punto nos encontramos con la noción de *equidad*. Con relación a esto Cicerón sostiene lo siguiente:

H: –Ya sé los preceptos de la alabanza y de la suasión; explícame ahora los del género judicial, que es el único que queda.

C: –Bien dices. El fin de este género es la equidad que no siempre se juzga por sí misma, sino a veces por comparación, vg.: cuando se disputa acerca del acusador más verdadero, o cuando se pide la posesión de una herencia sin ley o sin testamento, en cuyas causas se pregunta cuál es lo más justo o lo justísimo, usando siempre argumentos de equidad.⁵³⁴

Y luego agrega que

El que se defienda con la intención y voluntad del legislador responderá que la fuerza de la ley no consiste en la letra muerta, y alabará al legislador por no haber introducido excepciones para no dar asidero al delito y para que el juez interpretase en los casos particulares la mente de la ley. Tráiganse ejemplos en que toda equidad se perturbaría si obedeciésemos las palabras de la ley y no su sentido.⁵³⁵

En la concepción de Cicerón la *equidad* se vincula con lo recto, lo verdadero, lo justo y lo bueno, la reciprocidad “que en el beneficio se llama agradecimiento y en la injuria venganza”.⁵³⁶ En suma, la *equidad* “es lo que

⁵³³ POUND, R. (1940). “The University and the Legal Profession.” En *Law Journal*, 10.

⁵³⁴ CICERÓN, *Part. orat.*, 98.

⁵³⁵ CICERÓN, *op. cit.*, 136.

se aplica a todos por igual”.⁵³⁷ Y esto se relaciona con otra noción clave ya mencionada: la *iustitia*.⁵³⁸ De lo cual se deriva nuevamente que ética y derecho confluyen para dar contenido y sentido a dos elementos esenciales del derecho romano: la *equidad* y la *iustitia*. Esto se esclarece –siguiendo al catedrático Fernández de Buján– cuando se recuerda que “la *aequitas*, como ideal de justicia, es la aspiración de toda norma jurídica”, por lo cual “la norma que no responde a este ideal será considerada inicua. A ella se refiere el pretor cuando realiza una interpretación más ajustada a la nueva realidad, a la conciencia social, a las circunstancias que concurren en un caso o a la ausencia de regulación, suponiendo todo ello una innovación con arreglo al *ius civile*, que se realizaba atendiendo a las exigencias de justicia en el caso concreto”.⁵³⁹

Luego tendrá un nuevo significado –dice este jurista– “más próximo a términos como *humanitas*, *benignitas*, *pietas*, en el sentido de que es necesario suavizar el excesivo rigor en la interpretación y aplicación del derecho”. Bajo esta mirada se debe entender, entonces, el aforismo romano: *summum ius, summa iniuria*, que proviene de Cicerón, con el cual se quiere expresar que una aplicación rígida del derecho puede llevar a cometer la mayor injusticia.⁵⁴⁰ Por eso, Pound reconoce que

In a developed legal system when a judge decides a cause he seeks, first, to

⁵³⁶ CICERÓN, *op. cit.*, 130.

⁵³⁷ CICERÓN, *De inu.*, L. II, 68.

⁵³⁸ Como explica Núñez: “La *iustitia*, que según la definición clásica consiste en dar a cada uno lo que merece, es el complemento natural de la *temperantia* (...), a la que se opone por su valor esencialmente activo y positivo. Para los romanos (...) significa (...) el sentimiento de la justicia, el espíritu de equidad, la acción conforme a la justicia y se fundamenta en la noción de *fides*. Para Cicerón constituye la base de la sociedad romana y la principal de las virtudes (...)” en CICERÓN (1997). *La invención retórica*. Traducción, introducción y notas por Salvador Núñez. Madrid: Gredos, nota 141, p. 299.

⁵³⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2000). “Conceptos y Dicotomías del *Ius*”. En *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N° 3, p. 17.

⁵⁴⁰ *Ídem*.

*attain justice in that particular cause, and second, to attain it in accordance with law - that is, on grounds and by a process prescribed in or provided by law. One must admit that the strict theory of the last century denied the first proposition, conceiving the judicial function to begin and end in applying to an ascertained set of facts a rigidly defined legal formula definitively prescribed as such or exactly deduced from authoritatively prescribed premises. Happily, even in the height of the reign of that theory, we did not practise what we preached.*⁵⁴¹

Aquí se halla lo esencial de la función judicial. Y lo que nos ha legado la obra jurídica de Roma, y en particular de Cicerón.

V. Contextualización y transmisión de ¿cuál derecho romano?

Alguien podría sostener con buen criterio que debería hacerse una encuesta entre los abogados y las abogadas, y entre los profesores y profesoras de derecho romano para conocer qué piensan acerca de su integración obligatoria en la educación legal. La idea es adecuada pero insuficiente. Si las respuestas dependen de los y las romanistas, éstos expondrán un conjunto de justificaciones más o menos consistentes. Empero, a pesar de la sinceridad que puedan manifestar (de lo cual no se puede dudar), las respuestas no dejarían de ser sesgadas. En consecuencia, es necesario considerar una perspectiva externa si se quiere afirmar la relevancia de su enseñanza. A esto nos dedicaremos en este apartado.

En principio, importa considerar dos temas que, estimo, son necesarios para afirmar la relevancia del derecho romano: su contextualización y su transmisión. A fin de explicar estos puntos, conviene tomar nota de dos

⁵⁴¹ POUND, R. (1923). "The Theory of Judicial Decision. III. A Theory of Judicial Decision for Today." En *Harvard Law Review*, Vol. 36, Nº 8, p. 940.

hechos que o pueden pasar desapercibidos, o se dan por supuestos.

El primero proviene de la vida de Justiniano. Por un lado, en cuanto a su persona corresponde destacar algunos aspectos que favorecen la comprensión de la obra jurídica que llegó a ordenar. Según Pazdernik, Justiniano fue un personaje controversial y contradictorio que desplegó una política que, al mismo tiempo, atrajo y causó repulsa. Sus iniciativas generaron tensiones, siendo uno de los puntos centrales su modo de gobernar: “*Questions emerged with special urgency about what it meant to be a Roman, to govern (or to be governed) lawfully, and to perpetuate institutions and practices sanctioned by their antiquity*”.⁵⁴² Pero además fue un devoto cristiano y tuvo

*a vision he considered himself to have been uniquely and providentially appointed to realize. As a devout Christian, Justinian professed a conception of human history that was providential and eschatological. Seeking to make the earthly monarchy over which he presided more nearly resemble the heavenly monarchy upon which he believed it to be patterned. (...) In his determination to translate principle into practice, to seize opportunities, and to articulate a vision of his role in the imperial office that elevated the pragmatic and opportunistic to the level of principle, Justinian emerges as a genuine ideologue and a radical, a ruler determined to remake the world in accordance with his ideals.*⁵⁴³

De ahí que de él se pueda decir que fue “*both the inheritor of this Roman*

⁵⁴² PAZDERNIK, C. (2005). “Justinianic Ideology and the Power of the Past.” En *The Cambridge Companion to the Age of Justinian*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 186.

⁵⁴³ PAZDERNIK, *op. cit.*, p. 186; “Justiniano, propiamente hablando, fue el ‘último’ emperador ‘romano’ que ocupó el trono bizantino. Justiniano es una muestra de la simbiosis y transición bizantinas: gobernante cristiano, consciente de su misión romana civilizadora. Para Justiniano, como para cualquier bizantino, el *imperium romanum* se identificaba naturalmente con la οἰκουμένη cristiana. El triunfo del cristianismo era una misión tan sagrada como la restauración de la supremacía romana” en TAMAYO Y SALMORÁN, R. (2015). “Derecho Romano ¿obra romana, bizantina o alto medieval?.” En *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXV, núm. 264, p. 570.

imperial legacy and perhaps the single figure most responsible for establishing the form in which posterity would receive it.”⁵⁴⁴

Por otro lado, con relación a su obra Zimmermann nota que “para la trascendencia europea del derecho romano fue decisivo un elemento ajeno al derecho romano clásico: una legislación omnicompreensiva concebida por el emperador Justiniano”. Su decisión de elaborar “una inmensa recopilación de fragmentos provenientes de las obras jurídicas clásicas (los *digestos*), que promulgó junto con otra contentiva de las constituciones de los emperadores y un manual de introducción al derecho” fue algo más que una obra compleja.

Hizo que textos centenarios fueran reformados y adecuados a las condiciones de su tiempo (las llamadas interpolaciones); que textos que obedecían a diferentes etapas de desarrollo del derecho romano fueran igualmente vigentes y que una recopilación (¡realizada en tan solo tres años!) contuviera una gran variedad de fragmentos que reflejaban las controversias de los juristas romanos, los cuales reunidos en un “código” debían conducir ineludiblemente a contradicciones difícilmente conciliables.⁵⁴⁵

En palabras de Tamayo y Salmorán, “con independencia de sus innumerables aciertos, la ‘reputación’ del ‘antiguo’ derecho clásico, proporcionó un fuerte refuerzo a la concepción unitaria del orden jurídico. Con insuperable claridad y fuerza, el ‘derecho romano’, tal y como era presentado por los juristas bizantinos, regulaba ‘todo’”. Empero, se percibe que “los juristas bizantinos abreviaron y, no pocas veces, alteraron los textos para responder a las necesidades de la sociedad bizantina contemporánea; tratando de reconciliar la herencia latina con mandamientos cristianos y costumbre del Oriente helénico”.⁵⁴⁶

El segundo hecho destacado es el que ofrece el relevamiento de la forma-

⁵⁴⁴ PAZDERNIK, *op. cit.*, p. 188.

⁵⁴⁵ ZIMMERMANN, R. (2010). “Derecho Romano y Cultura Europea” En *Revista de Derecho Privado*, N° 18, p. 22-23.

⁵⁴⁶ TAMAYO Y SALMORÁN, *op. cit.*, p. 565.

ción legal de quienes habrían de conformar el derecho moderno europeo e hispanoamericano. De acuerdo a Zimmermann, el derecho moderno y el pensamiento jurídico han sido moldeados –como en otros aspectos– por el derecho romano. Empero, “solo en la menor parte de los casos (si es que se dan) las reglas modernas son idénticas a las reglas de derecho romano (o incluso lo son entre ellas mismas); en ocasiones inclusive se ha invertido el modelo romano”.⁵⁴⁷ Sobre esta cuestión el autor cita varios ejemplos de los cuales solo tomamos uno. El ejemplo concierne al principio de *nuda pactio obligationem non parit*, que significaba que un acuerdo informal no daba lugar a una acción. El problema fue que luego se fueron haciendo exigibles un número mayor de *pacta*. De este modo –prosigue el autor– se fueron asentando las bases para la elaboración del principio *pacta sunt servanda* “que pese a estar expresado en latín no es como tal romano, sino que fue formulado por primera vez en el *Corpus Iuris Canonici*, la recopilación medieval de derecho canónico”.⁵⁴⁸

Esto nos lleva a preguntarnos con Zimmermann algo que ya habíamos planteado: ¿de qué derecho romano se habla cuando se habla de derecho romano en nuestra época? Según éste, este derecho tiene ciertas notas distintivas que hay que tener en cuenta al momento de enseñar el derecho

⁵⁴⁷ HAMZA, G. (2013). “Derecho Romano y el Desarrollo del Derecho privado en Europa del Este”. En *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 17, p. 595-604; RODRÍGUEZ ENNES, L. (2012). “La Permanencia del Derecho Romano en los Códigos Europeos e Iberoamericanos”. En *Revista jurídica da FAZ: periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro*, Vol. 9, Nº 1, p. 37-52. Este jurista ejemplifica el peso del derecho romano cuando expresa que “el culto que Andrés Bello profesó al Derecho romano, del que dejó tantos testimonios impresos, no dejó de proyectarse en el Código civil, su obra jurídica impresa. Para Bello, en ese Derecho estaba el origen de la legislación civil moderna; en consecuencia, su estudio servía para entenderla en profundidad. Si se trataba de formar una nueva legislación, el Derecho romano habría de servir necesariamente de guía. Así, fue el plan de las *Institutiones* de Justiniano el que presidió muy cercanamente la organización sistemática de su Código”, *op. cit.*, p. 748.

⁵⁴⁸ ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 16.

romano a los estudiantes de hoy en día. Ellas son, entre otras:

1. “Se trata de una rama específica de conocimiento cuyo altísimo grado de desarrollo se debe a los juristas, lo que constituye algo único en el mundo antiguo”;⁵⁴⁹
2. “Se encuentra una delimitación del derecho (o con una expresión de Fritz Schulz: aislamiento) frente a la religión, la moral, la política y la economía: una separación entre lo jurídico y lo no jurídico;
3. Pone un fuerte énfasis en el derecho privado y en el procedimiento civil;
4. Fue un derecho de juristas expertos y de gran experiencia, lo que explica su elasticidad y su realismo;
5. Lo anterior se refleja en sus controversias, y
6. “El antiguo derecho romano desarrolló una tradición en la que los autores más recientes se basaban en la jurisprudencia de los más antiguos, la cual creó una relación de discusión que abarcó generaciones enteras de juristas”.⁵⁵⁰

Con relación a esto, Tamayo y Salmorán señala que “constituye un viejo error de la profesión (desde su recepción en Europa hasta nuestros días), llamar ‘derecho romano’ a la asignatura que enseña (cuando se enseña

⁵⁴⁹ “El modo de proceder –en términos generales, el método– de los juristas es un arte que puede concentrarse en la resolución del caso, pero no se ha de decir sino de manera amplia que existe un método jurisprudencial, ya que al parecer existen matices personales que, en el presente estado de nuestros conocimientos, no se hallan determinados en el grado que sería de desear. La vía normal de los juristas para la creación se llama *interpretatio*, pues la antigua jurisprudencia pontifical no manifestaba pretensiones de ir más allá de una modesta labor interpretativa sobre el texto de las XII Tablas. Pero en realidad, bajo esta denominación (...) se deben distinguir dos actividades diversas, cuales son la *interpretatio* propiamente dicha por una parte, y la labor que podríamos denominar de integración del derecho, incomparablemente más rica y frecuente que la anterior” en BETANCOURT SERNA, F. (1983). “El Espíritu del Derecho Romano”. En *Anuario de Historia del Derecho Español*, Nº 53, 1983, 562.

⁵⁵⁰ ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 18-19.

bien)”.⁵⁵¹ Por eso, importa saber qué se enseña dentro de un contexto que no es semejante al nuestro y cuya transmisión depende de cuánto espacio damos al marco histórico, marco que nos permite comprender la evolución de este derecho, al mismo tiempo que nos muestra cuánto han influido las estructuras políticas, sociales y económicas.⁵⁵²

Lo que quiero decir y adelantar es que la enseñanza del derecho romano – tal como se realiza en los manuales de estudio al uso– no refleja las razones de por qué aún en nuestros días ciertas reglas y principios conservan un inestimable valor. El uso frecuente de sistematizar temas sin una explicación adecuada que habilite una comprensión de por qué, por ejemplo, se modifican los modos de transmitir el dominio o cambia la posición de los esclavos, no solo se manifiesta inútil sino que desvaloriza al propio derecho romano. Si se sigue este camino no se entiende ni se transmite la perennidad de un derecho que merece ser subrayada frente a todas las variantes de positivismo jurídico y de profesionalismo que minimizan u oscurecen su relevancia. Entonces, no cabe duda de que se requiere una modificación de los contenidos de los programas de esta asignatura y del modo de su enseñanza. Y esto es tarea irremplazable de los romanistas.

VI. Conclusión

Con lo expuesto se responde –en grandes trazos– a las preguntas indicadas al comienzo de este trabajo. Pero aún quedan en pie algunas dificultades. Desde un punto de vista externo, ¿son los programas actuales de enseñanza de derecho romano adecuados a las necesidades de los futuros abogados?

⁵⁵¹ TAMAYO Y SALMORÁN, *op. cit.* 572.

⁵⁵² “El surgimiento de una ciencia del derecho privado con estas características seguramente no habría sido posible sin la recepción de la filosofía y la epistemología griegas en la Roma republicana. Determinante fue sin embargo el rol de los expertos juristas en la aplicación y el desarrollo del derecho, de lo cual la misma Grecia careció. Crudamente dicho, el derecho griego fue un derecho sin juristas” en ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 22.

Si la enseñanza del razonamiento legal es la clave no solo de la educación legal sino del trabajo del abogado y del juez, ¿qué lugar ocupa el estudio de la labor de los jurisconsultos romanos? La respuesta pasa por los profesores de derecho romano. Si enseñan “derecho romano positivo” (Tamayo y Salmorán) entonces no se entiende la perennidad de este derecho. Si se enseña un “derecho profesoral” se minimiza su valor. Lo que importa –y lo digo asumiendo las críticas– es subrayar lo que trasciende en el tiempo: la tarea de ser –en palabras modernas– un sistema jurídico cuyo eje pasa por ser *problem-solver* como lo manifiesta la tarea de los jurisconsultos. Esto es lo que el estudiante de derecho debe aprender al comienzo de su carrera con la finalidad de conformar una verdadera conciencia jurídica para no quedar librado a lo contingente, y demostrarle la vigencia de un derecho que nació, tal vez con esa idea, y que continúa teniendo valor aún en la educación legal de este siglo.

El principio de división de poderes: antecedentes romanísticos

Por Patricia Silvina Mora⁵⁵³

I. Introducción

Desde su formulación solemne en el siglo XVIII, el principio de división de poderes se ha interpretado como un principio de separación de funciones que encierra la idea de que las distintas funciones estatales corresponden a conjuntos de órganos (poderes) separados, independientes y equilibrados entre sí.

Se ha considerado un instrumento fundamental para la consecución de los objetivos del constitucionalismo, esto es, para asegurar la organización racionalizada y la limitación del Estado en sus avances sobre las libertades privadas.

Según Loewenstein, resulta un integrante imprescindible del bagaje estándar del constitucionalismo, del dogma más sagrado de la teoría y práctica

⁵⁵³ Abogada (UBA). Doctoranda en Ciencias Jurídicas (Universidad del Salvador). Profesora de Derecho Romano en la Facultad de Derecho (UBA). Profesora de Posgrado en Derecho Administrativo (Universidad Austral).

constitucionales. No obstante, este autor sostiene que lo que caracteriza al constitucionalismo moderno es la separación de funciones, y no así la separación de poderes, como una propuesta ideológica del liberalismo político al absolutismo monárquico, ya que afirma que en el constitucionalismo de la antigüedad no se desarrolló una separación de funciones y muchas veces el poder se ejerció en sentido contrapuesto a dicha separación.⁵⁵⁴

No obstante, cabe acotar si la división del poder como concepto contrapuesto a su concentración tuvo en sus orígenes, ciertamente, estos alcances.

La comprensión adecuada del principio requiere el análisis de al menos tres momentos:

- 1) La atención a su formación en los planos conceptual e institucional hasta la obra de Montesquieu y las Constituciones de 1787 y 1791.
- 2) La crítica doctrinal del principio en el plano del derecho constitucional y la ciencia política.
- 3) La supervivencia de ese principio en la realidad, es decir, en la organización actual de los sistemas constitucionales de nuestro tiempo.

El objeto de este trabajo es encontrar las raíces de este fenómeno. En la trayectoria histórica de la formación del principio de la separación de poderes los antecedentes de la república romana, resultan innegables.

II. Génesis romana del principio: sus alcances como idea de equilibrio y participación

Aunque la idea genuina de la separación de poderes, la proposición sobre la necesidad de la separación orgánica equilibrada de las diversas funciones estatales, solo es alcanzada, como veremos, por Montesquieu, anteriormente existen contribuciones, doctrinales e institucionales, sin las cuales

⁵⁵⁴ LOEWENSTEIN, K. (1986) *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, p. 56 ss.

aquella no hubiera sido posible. Estas ideas anteriores son las de la diversidad de funciones estatales, la del gobierno o constitución mixta y la de la constitución equilibrada.

Como es sabido, el prototipo de la constitución republicana de la Roma clásica se basaba en su carácter mixto: se conjugaba el equilibrio del *imperium* monárquico (los magistrados colegiados y temporales), el poder del pueblo (que elegía a los magistrados y votaba las *leges*) y la autoridad de una aristocracia experta y prestigiosa, reunida en el Senado.

Este prototipo también es resaltado por Cicerón, así como el rol de los tribunos de la plebe, los auténticos representantes del poder popular, no aparecen en el autor romano como una alternativa al gobierno de los cónsules, sino como un freno que permite reconducir el dominio consular a su justa medida.⁵⁵⁵

Se acepta la conveniencia de un gobierno equilibrado o mixto en el que los diversos sectores sociales tienen asegurada su participación, pues temen la posibilidades opresoras del gobierno ejercido por una sola clase social, alcanzándose la idea de que la garantía de la libertad frente a la opresión reside no en la confianza en la buena voluntad del gobernante, sino en la consecución de una estructura del poder tal que haga imposible el despotismo.

Entre los modelos políticos, la constitución mixta de Polibio se caracteriza por servir como recurso fundamental en la explicación de la victoria romana y la derrota cartaginesa en la guerra púnica, por lo que es importante entender esta función y este uso.

La idea se encuentra ya en Platón (democracia y monarquía) y Aristóteles (democracia y aristocracia), pero su expositor más claro será el griego, afincado en Roma, Polibio.⁵⁵⁶ En su examen destacan dos conceptos fundamentales: la anaciclosis y la constitución mixta.

⁵⁵⁵ Especialmente ver CICERÓN, *Rep.* II, 23, 42 y 43. Su obra *de re publicae* será una reacción contra la situación política del siglo I a. C. vivida directamente por él, de demagogia, corrupción electoral, relajación moral, invasión de costumbres extranjeras, especialmente helenísticas, y crisis institucional.

⁵⁵⁶ POLIBIO, *Historias*. Compuesta por cuarenta libros (de los que se conservan solamente los cinco primeros, junto con resúmenes y fragmentos de los restantes, aparte de testimonios

Así, plantea que en la historia hay una ley inevitable de crecimiento y decadencia que se explica y manifiesta en un ciclo, en todas aquellas formas no mixtas de gobierno, de monarquía a la tiranía, de la tiranía a la aristocracia, de la aristocracia a la oligarquía, de la oligarquía a la democracia y de la democracia a la demagogia. Mediante su conocimiento, Polibio sostiene que se puede analizar certeramente cada coyuntura, saber en qué momento histórico se está y prever hacia dónde se dirige un Estado cualquiera, aunque no se pueda determinar la fecha del cambio de un periodo histórico a otro.

Sostiene Dias Tejera:

El propósito básico y originario del libro VI de Las Historias lo revela el propio Polibio: comienza por decir que no ignora que algunos se extrañarán de que interrumpa aquí –en el inicio del libro VI– el hilo de la narración histórica para tratar de la constitución romana. “Es que para mí –cito textualmente– fue desde el principio una obligación y formó parte de mi plan general esto ...el conocer y aprender el cómo y mediante qué tipo de constitución casi todo el mundo habitado ... cayó bajo un único imperio, el de los romanos”. “Ante esta determinación –continúa el autor– no he encontrado un momento más oportuno que el presente para el conocimiento y apreciación de la constitución política de los romanos”.⁵⁵⁷

En Roma, los distintos elementos se encontraban ajustados y en equilibrio, lo que impedía que alguno de los estamentos representados institucionalmente sobrepasara sus funciones, ya que, debido a la composición mixta, se permitía un natural impedimento o frenos recíprocos, o bien

indirectos), la obra abarca los acontecimientos históricos desarrollados en el período que media entre el año 264-263 hasta el 146 a. C. (caída de Corinto), es decir, aquel azaroso e importantísimo período que vio afirmarse a Roma como “*caput mundi*”. En realidad, el tema central de la obra es el período 220-168, cincuenta y cuatro años en el transcurso de los cuales Roma sometió a todo el mundo conocido.

⁵⁵⁷ DÍAZ TEJERA, A. (1975). “Análisis del Libro VI de Las Historias de Polibio”. En *Habis*, 6, p. 23-34.

colaboración. Esto institucionalizado mediante la facultad de veto entre los magistrados o en el nombramiento de ciertas autoridades en los que debían concurrir el Senado y los cónsules.

Polibio reconoce que los elementos fundamentales de la constitución romana son tres: cónsules, Senado y pueblo, los cuales, a su vez, corresponden a las tres formas simples de gobierno que formaban el canon del pensamiento político griego: el reino, la aristocracia y la democracia.

Afirma que cada vez que una catástrofe acaba con la civilización y los hombres, por su debilidad, se vuelven a reunir en rebaños. El más fuerte, como sucede entre otros animales, es el que domina y gobierna. La degeneración de las formas de constitución, es descrita en su obra, como cíclica.

Sin embargo, según Polibio, Roma no se encuentra en ninguna de estas etapas, puesto que su constitución no es simple sino compleja, y en su historia las formas de gobierno no se fueron sustituyendo una por otra, sino que se combinaron y formaron una constitución mixta, compuesta de reino, aristocracia y democracia.⁵⁵⁸

De tal manera, Polibio pensaba que en el momento en que la tiranía, tal vez la de Tarquino el Soberbio, fue eliminada, el principio monárquico no fue desechado sino que siguió vigente y, a su vez, los elementos democráticos debieron haber sido incorporados antes de que la aristocracia degenerara, y en tal sentido solo corresponde tener presente los logros emergentes del conflicto patricio-plebeyo.

He aquí entonces una primera gran exposición del principio del equilibrio o del control recíproco, que se convertirá en uno de los fundamentos

⁵⁵⁸ POLIBIO, *Historias* (VI. 12-17). Para todas estas cuestiones, cf. Introducción de *Historias de Polibio*, Ed. Alma Mater, p. 111 y ss. Y para presentar la historia en términos dramáticos, seguir un método de exposición lo más convincente posible y hacer una demostración sensacional e inobjetable, Polibio interrumpe el curso de su narración después de la batalla de Cannas –el momento más difícil para Roma en todos los cincuenta y tres años que el historiador se ha propuesto abarcar (1. 1. 5)– con el objeto de describir la constitución romana y, al compararla con la cartaginesa y la espartana, hacer evidente que Roma ganó la segunda guerra púnica y el dominio universal después de ser casi totalmente derrotada, gracias a su constitución, que considera mejor que la púnica, y que todas las demás (VI.43-51).

del pensamiento político occidental. El campo de estudio no es otro que la *civitas* romana, donde el equilibrio se da desde sus propios orígenes, asentado sobre el binomio de la *auctoritas* y la *potestas*.

A Roma debe la humanidad la civilidad, como a Grecia la *Paideia*. Y esta civilidad se construye sobre la noción de lo público en un ejercicio equilibrado de poder, en el que el pueblo tiene un justo protagonismo, así por ejemplo no solo en la labor comicial, sino en las *contiones* como verdadero paradigma de la participación ciudadana. Así como ciertos mecanismos de control y rendición de cuentas de la mano de las *crimina* que encuentran en las instituciones actuales una innegable réplica.

Catón el Viejo, nombre experimentado y ducho en los avatares del gobierno de la República, solía decir que el gobierno de Roma era superior al de las demás naciones, porque éstas solamente habían tenido nombres aislados que constituyeron Estados a su manera, dándole leyes e instituciones particulares, que luego otros derogaban, como Creta a Minos, Lacedemonia a Licurgo, Atenas que tantas veces cambio de constitución a Dracón, a Solón, a Clístenes, etc. Pero el Estado romano no ha sido constituido por un ingenio solo, sino por el consenso de muchos; ni se consolidó por una sola edad, sino por el transcurso de muchas generaciones y bastantes siglos. No es posible encontrar un ingenio tan grande, que todo lo abarque, y el concurso de todos los varones esclarecidos de una época no conseguiría, en materia de previsión y prudencia, suplir las lecciones de la experiencia del tiempo.⁵⁵⁹

Por eso Cicerón expone con morosidad esta constitución romana formada por las aportaciones constantes y las correcciones oportunas en cada momento de las leyes, instituciones, senadoconsultos, decretos, interpretaciones de juristas, costumbres recibidas de los mayores, desde el tiempo de los reyes hasta su época.

Por su parte, escribe que si en una sociedad no se reparten equitativamente los derechos, los cargos y obligaciones, de tal manera que los magistrados tengan bastante poder, los grandes bastante autoridad y el pueblo

⁵⁵⁹ CICERÓN, *De Rep.* 2. 2. citado por GUILLÉN, J. (1982). "La constitución romana según Cicerón". En *Humánitas*. Recuperado de: <https://www.uc.pt/humanitas33-34> › 07.

bastante libertad, no puede esperarse permanencia en el orden establecido.

Y de tal manera afirmará que la República es el Estado del pueblo, la patria, el bien y la herencia común de todos los ciudadanos; y pueblo no es cualquier reunión de hombres congregados de cualquier manera, sino una asociación en torno a un interés común.

Cicerón reclama en sus obras la participación de todos los ciudadanos en la consolidación de la *respublicae*, por ello destaca la necesidad de consagrarse a las artes y a las ciencias, “pero faltaría al deber quien por estar dedicado a ellas, huyera de la actividad pública; porque toda la alabanza de la virtud consiste en la acción”.⁵⁶⁰

Corresponde reconocer que el modelo de derecho público romano articuló en su devenir histórico un conjunto de mecanismos dirigidos a garantizar la participación del *populus* en la toma de decisiones como derecho exclusivo de los *cives romani*.

Así, en la República romana la democracia era directa, participando el ciudadano en forma activa en la vida política, a través de las asambleas populares, siendo los *comitia tributa* los más democráticos y de mayor auge a finales de la República, dado que nacieron con carácter civil y no militar como los centuriados y por tener base territorial.⁵⁶¹

El carácter democrático de la República romana ha sido desarrollado, entre otros, por Fergus Millar, quien dio comienzo de manera más decisiva a esta línea de interpretación, cuyo origen, en realidad, podría ser reconocido desde antiguo, ya que una fuente sustancial para descubrir y sostener la existencia de nuevos matices en la constitución romana procede del análisis del libro VI de Polibio.⁵⁶²

⁵⁶⁰ Off. 1, 18-19.

⁵⁶¹ FERNANDEZ DE BUJÁN, A. (2002). *Derecho Público Romano*. Madrid: Civitas, p.104-106.

⁵⁶² Especialmente en su obra *The Crowd in Rome in the Late Republic*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1998. Se establece como escenario principal el Foro, en cuanto centro neurálgico de los asuntos públicos. Los personajes concitados en torno al Foro son aquellos políticos pertenecientes a la clase gobernante tradicional –nobles incluso– y al *populus* en su representación más pública. Y la modalidad más destacada que cifra esta compleja relación son las *contiones* y, en menor medida, los *comitia*.

A su turno, en la Roma antigua el *populus* estaba compuesto por aquellos que se reunían para decidir lo que “concernía a todos”. Y aquí se encuentra el punto esencial de la discusión, pues si nosotros hacemos el ejercicio de modificar el concepto hacia la dirección indicada, incluso aquella definición de Ulpiano contenida en D. 1, 1, 1, 2 y referido al *ius publicum* cobra un sentido muy diferente: no se trata de buscar una vinculación con el “Estado romano”, por lo demás inexistente, ni referirse exclusivamente a las normas de lo que hoy denominaríamos organización política, sino de concebir un nexo con un elemento distinto que permitiría expresar este párrafo como: “*Ius publicum* es aquello que se refiere a la situación (*status*) de las cosas que conciernen a todos”.⁵⁶³

Afirma al respecto Fernández Bulté: “(...) tanto en Atenas como en Roma se articuló un modelo de organización política genuinamente democrático. (...) Por el contrario la burguesía liberal ni fijó jamás esos límites ni ha alcanzado jamás un mecanismo participativo de poder del nivel y pureza del que tuvieron los antiguos”; señalando que el poder político del pueblo romano era indiviso, indelegable e intransferible.⁵⁶⁴

De tal manera, la participación del pueblo resulta un eje fundamental en el equilibrio del poder, equilibrio que también se sustenta en la división de su ejercicio a través de un binomio que atraviesa por completo la constitución romana, esto es, el binomio *auctoritas- potestas*.

De *auctoritas* estaban revestidos los augures, que mediante la observación de los signos celestes interpretaban la voluntad de los dioses para la realización de actos de especial relevancia pública, y desde luego el Senado, que limitaba la potestad de los magistrados. Asimismo, este binomio estaba implícito en la bipartición del proceso clásico, en el que la fase *iusdicere* la ejercía el pretor, revestido de potestad, para dar o denegar la acción, un interdicto o cualquier otro recurso necesario para la buena marcha del proceso; mientras que la fase de *iudicare*, en cambio, era propia del *iudex* con autoridad, quien valoraba la prueba y dictaba la *sententiae* que dirimía el conflicto.

⁵⁶³ *Publicum ius est, quod ad statum rei Romanum spectat.*

⁵⁶⁴ FERNÁNDEZ BULTÉ, J. (1999). *Separata de Derecho Público Romano*. . La Habana: Editorial Félix Varela, p. 17.

El término *auctoritas* procede del verbo *augere*, que significa aumentar, auxiliar, robustecer, ampliar, completar, apoyar, dar plenitud a algo. Derivado de este verbo *augere* son también los términos *augur*, *augustus*, cuya relación ha sido brillantemente expuesta por Ovidio en los siguientes versos (Fasti, 1,609 ss.): “Llaman los antiguos a lo santo ‘augusto’. Llámense augustos los templos dedicados por mano sacerdotal. También viene del mismo origen de esta voz el ‘augurio’, y todo lo que con su ayuda aumenta Júpiter”.⁵⁶⁵

Distinta de la *auctoritas* es la *potestas*, de “*potis*”, cuya raíz indoeuropea significa la idea de poder. “*Despotés*”, en griego, es el amo de la casa. Esta palabra ha pasado al castellano con pocas modificaciones fonéticas: “*déspota*” o sus derivados, “*despótico*” o “*despotismo*”.

Señala Grosso que en el campo de lo público, *potestas* representa un poder inherente a la explicación de funciones del Estado, poder conferido especialmente a aquellas magistraturas desprovistas de *imperium*, y que a su vez servía de criterio para dirimir eventuales conflictos entre magistrados, en base a la *par maiore potestas*, como señala Cicerón, *de Legibus* 3, 4, 11.⁵⁶⁶

En sus “Claves Conceptuales”, Álvaro d’Ors define la autoridad y la potestad del siguiente modo: “autoridad es el saber socialmente reconocido” y “potestad es el poder socialmente reconocido”. Ambos conceptos llevan a continuación una nota explicativa en donde la autoridad se equipara con el “prestigio del saber”, que se manifiesta a través del “consejo”, y, elemento de primordial importancia, es la única instancia capaz de actuar como “límite de la potestad”.⁵⁶⁷

En definitiva, señala el autor, para que la potestad y la autoridad sirvan a la sociedad civil deben aceptar su puesto: la autoridad debe resistir la tentación de levantar todos los dedos y la potestad aceptar que resulta

⁵⁶⁵ *Sancta vocant augusta patres, augusta vocantur / Templi sacerdotum rite dicata manu / Huius et augurium dependet origine verbi / Et quodcumque sua Juppiter auget ope.*

⁵⁶⁶ Citado por TORRENT RUIZ, A. (1995). *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*. Zaragoza: Edisofer, p.161.

⁵⁶⁷ D’ORS, A. (1995). “Claves Conceptuales”, p. 509-521.

imposible mantener la palma abierta y a la vez los dedos indicadores de saber reconocido en alto.⁵⁶⁸

En opinión de Schulz, “autoridad” es el prestigio social de una persona o de una institución, de modo que el principio de autoridad encierra la idea de que la autoridad debe ser valorada en la vida social y, especialmente, en el derecho, pues la autoridad tiene la fuerza de persuadir a los demás que la reconocen.⁵⁶⁹

Catalano considera que la *auctoritas* expresa siempre el aumento dado a cualquier cosa que todavía tiene valor *per se* y subsiste sin ser absorbida. El carácter de consenso, aprobación, aparece claro tanto en la *auctoritas populi* como en la *auctoritas patrum* y también en la *auctoritas patris*.⁵⁷⁰

Por su parte, sería en la *auctoritas eius qui mancipio dat* en la que, a su juicio, se individualizarían los dos elementos del permiso o aprobación y del aumento o asistencia.⁵⁷¹

Fuenteseca, concibiendo a la *auctoritas* como principio constitucional de la constitución republicana, afirma:

⁵⁶⁸ D'ORS, A. (1973). “Escritos varios sobre el Derecho en crisis” En *Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, Nº 24.

⁵⁶⁹ SCHULZ, F. (2000). *Principios del Derecho romano*. Civitas: Madrid, 2ª ed., p. 187-188.

⁵⁷⁰ CATALANO, P. (1960). *Contributi allo studio del diritto augurale*. Tomo I. Torino: Giappichelli, p.150, nota 101.

⁵⁷¹ Algunas de las más antiguas manifestaciones de la noción de *auctoritas* se encuentran en la legislación decenviral. La *auctoritas fundi*, la *auctoritas adversus hostem* y la *auctoritas rei subruptae* constituyen algunos de los más antiguos testimonios del instituto de la *auctoritas* en el derecho arcaico, conforme con la información ciceroniana. Según nos transmite Cic. *top.* 4, 23; Cic. *De off.* 1, 12, 37 Tabla VI, 3, Tablas, VI, 4. En términos generales, los manuales de derecho privado romano identifican la *auctoritas* decenviral con la “garantía” que debe prestar el alienante. Entre los que se refieren a este sentido de “garantía”, en relación con el precepto sobre el llamado *usus auctoritas*, BONFANTE, P. (1968). *Corso di Diritto romano*, II, *La proprietà*, Parte II, Milano: Giuffrè, p. 275; BETTI, E. (1960). *Istituzioni di Diritto romano*, Volume Secondo, Parte Prima, Padova, p. 205; KASER, M. (1968). *Derecho Romano Privado*. Traducción de la 5a ed. alemana por José Santa Cruz Tejeiro. Madrid: Reus, p. 115.

La constitución romana aparece articulada, desde la monarquía, sobre el principio de dependencia o subordinación de toda actividad privada o pública al *auspicium*, que aseguraba el orden o legitimidad a efectos de la vida pública ciudadana. Consideramos que el *auspicium* es una de las técnicas para lograr el *augurium*, la técnica de observación de las aves (*avispicium*). Sin entrar ahora en esta cuestión polémica, queremos simplemente reafirmar que los *patres* del *senatus* eran los portadores de la *auctoritas* al más alto nivel constitucional, y que la *auctoritas patrum* puede considerarse como la cúpula de la ordenación augural y el mayor centro de poder en la concepción del *ius* augural. El retroceso de la *auctoritas patrum*, que pasó a ser preventiva perdiendo su verdadero efecto constitutivo frente a las decisiones del *populus*, señala un hito en el proceso de la crisis constitucional de la república. La *auctoritas* constituye un *prius* respecto al *imperium* magistratual que se concebía como *auspicium imperium* que hasta la crisis republicana.⁵⁷²

La *auctoritas*, prosigue el autor, sería la función pública de responsabilidad o garantía que presta un *auctor* o agente en cuanto miembro del *populus*. Opera como un principio legitimador procedente del derecho augural, un principio constitucional legitimador del poder, o bien un principio de ordenación augural primitiva del ámbito público y privado. Además, aporta la legitimidad augural, el respaldo y apoyo divino, cuyo monopolio tuvieron los *patres*. De allí que, en su opinión, el *imperium* se habría apoyado en una legitimidad augural, de remota raíz religiosa, que no era otra cosa que *auctoritas*.⁵⁷³

Desde los orígenes de las instituciones públicas va a encontrarse presente, de modo tal que no puede hablarse propiamente de un período monárquico sino de una ciudad quiritaria, en dónde el componente de la *auctoritas* del Senado se encuentra por demás presente, en contraste con el *imperium* del *rex*.

⁵⁷² FUENTESECA, P. (2004). "La auctoritas como principio constitucional romano." En *Libro Homenaje al prof. Manuel Albaladejo García*. Murcia: Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Tomo I, p. 1763-1774.

⁵⁷³ FUENTESECA, P. (1987). *Historia del Derecho romano*. Madrid: P. Fuentesecca, p. 90-105.

El binomio autoridad-potestad permanecerá incluso con mayor solidez en el período republicano. La *respublicae* romana logró el equilibrio del poder que constituye la base fundamental de aquel concepto que luego pasó a llamarse, para simplificar, principio de división de poderes, pero que en realidad, y aún en una concepción teórica actual, solo logra sostenerse sobre la base de la exigencia de frenos y contrapesos, siendo la preponderancia de una función lo que caracteriza a los tres poderes del Estado y no así su separación o división.

Si todas las ciudades concibieron la potestad como necesaria para el gobierno de las mismas, Roma llegaría más lejos: la potestad es necesaria para el gobierno, pero para el “buen gobierno” (*optimum status*) se precisa también de la autoridad. La carencia en aquellas del equilibrio potestad-autoridad terminaba precipitándolas hacia el abuso, la involución y la caída en su homóloga degeneración.

Este reparto de funciones entre la *auctoritas* de los juristas, jueces, augures y senadores y la *potestas* de los magistrados, o del *pater familias* en el ámbito doméstico, se traduce por tanto en un justo equilibrio compatible con un principio que para los romanos era piedra angular: que el poder de suyo es indivisible (*imperium nullum nisi unum*, dirá Cicerón, *De re publica* 1, 38, 60).

La *auctoritas* en relación con Augusto supondría una nueva aplicación de esta noción con la que se designaría la posición moral y jurídicamente preeminente del individuo que representa la esencia del poder político y que la aproximaría a la idea de *maiestas* imperial. “La *auctoritas principis* o *auctoritas-maiestas* hará, sin embargo, evanescente la distinción entre autoridad y potestad en el ámbito político transformando en compleja la posibilidad de realizar una diagnosis satisfactoria de la naturaleza jurídico política del Principado”.⁵⁷⁴

Por lo demás, Augusto alteró el orden de producción del derecho al

⁵⁷⁴ El término *augustus* se encuentra emparentado etimológicamente con *augur* y *augurium*. Unos versos de Ovidio reflejan diáfamanamente ese origen: Ov., *Fast.* 1, 609 y ss.: *Sancta vocant augusta patres, augusta vocantur Tempia sacerdotum rite dedicata manu Huius et augurium dependet origine verbi. Et quodcumque sua Iuppiter auget ope.*

otorgar labores legislativas, propias de los comicios, al Senado, por lo que las decisiones de los *patres*, revestidos de *auctoritas* y no de *potestas*, quedaron desnaturalizadas.

En el fondo este trasvase de la actividad legislativa del magistrado popular al emperador a través del Senado era una derivación congruente con la confusión introducida por Augusto entre autoridad y potestad. La pretensión del fundador del Principado había sido la de gobernar realmente la república, no con potestad, sino con autoridad. De este modo, la autoridad vino a convertirse, de hecho, en una potestad superior a la ordinaria; consecuentemente, la función legislativa que correspondía a la potestad de los magistrados populares pudo traspasarse a la autoridad del Senado, y luego, dada la sumisión de la autoridad senatorial a la del Príncipe, acabó por atribuirse de hecho a éste.⁵⁷⁵

A su turno, también introdujo el *ius respondendi*, por el cual solo determinados juristas, autorizados por el príncipe, podían actuar como prudentes del derecho. Respondían *ex auctoritas Principis*, es decir, que su autoridad ya no procedía de su saber, sino del permiso del príncipe: pasa a ser una autoridad funcional basada en la potestad.

Efectivamente, Tácito da testimonio de la ruptura de este binomio cuando, en relación a la situación política vivida en los momentos finales del período augusteo, lamenta la modificación del ordenamiento político que no había dejado nada de las, calificadas por él, antiguas y sanas tradiciones. De esta manera, refiere cómo los ciudadanos, “enajenados del sentimiento de igualdad, ya no esperaban otra cosa que obedecer los mandatos del Príncipe”.

A partir de entonces la jurisprudencia deja de ser libre y se agota su fuerza creadora al quedar ésta absorbida por la administración. Con el tiempo, la voluntad normativa del príncipe pasa a llamarse ley y, a partir de entonces, será la protagonista del derecho y su única fuente, dando origen a

⁵⁷⁵ D'ORS, A. (1980). “La ley romana, acto de magistrado”. En *Nuevos papeles del oficio universitario*. Madrid: Rialp, p. 312-329.

un régimen que barre con el equilibrio y silencia la participación popular, de allí que se asistía sin más a la muerte de aquello que había suscitado la admiración de Polibio, la *respublicae*.

III. Recepción del principio en la teoría moderna

La teoría posterior a la revolución inglesa es una reflexión acerca de las condiciones de la Constitución equilibrada. Se trata de una amalgama compleja del gobierno mixto, la supremacía del legislativo y la separación de poderes. Su expositor arquetípico fue Locke.

Sin embargo, antes de que Locke diera los primeros atisbos de la posterior teoría y práctica de la tripartición de poderes, la polémica sobre el gobierno mixto había recorrido un largo camino desde Aristóteles y Polibio hasta las críticas y oposiciones de Jean Bodin o Nicolás Maquiavelo.

Para Bodin era “imposible”, “incompatible” e “inimaginable” mezclar monarquía, democracia y aristocracia: “Si la soberanía es indivisible (...), ¿cómo se podría dividir entre un príncipe, los señores y el pueblo a un mismo tiempo? Si el principal atributo de la soberanía consiste en dar ley a los súbditos, ¿qué súbditos obedecerán, si también ellos tienen poder de hacer la ley?”⁵⁷⁶

En su teoría de la separación de los poderes del Estado, Montesquieu sostiene que la distribución jurídica de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial solo podrá limitar el uso arbitrario del poder y salvaguardar la libertad y los derechos de los ciudadanos, si se combina con otro principio basado en su distribución social. Por esta razón describe un modelo institucional en el que la diversidad propia de una sociedad estamental –la sociedad inglesa– se integra formalmente a los poderes del Estado.

Los debates posteriores que dieron vida a las constituciones modernas –debates reconocidamente deudores de la teoría de Montesquieu– se centraron exclusivamente en el principio de distribución jurídica, transformándolo

⁵⁷⁶ BODIN, J. (1992). *Los Seis Libros de la República*. Madrid: Tecnos S. A., p. 89.

en un pilar fundamental en la organización de los Estados. Por más de dos siglos los expertos del derecho polemizaron sobre los alcances de este principio, en un debate en el que se enfrentaron los defensores de la autonomía absoluta de cada poder con aquellos que abogaban por su separación relativa.⁵⁷⁷

En uno y otro caso se trataba de interpretar adecuadamente lo que Madison llamó “El oráculo de Montesquieu”.⁵⁷⁸

Montesquieu se fijará en el pensamiento político británico, especialmente las obras de John Locke, como modelo para su sistema de separación de poderes. De ellos tomará la idea de una triple división, así como la primacía del legislativo. No obstante, en el *Espíritu de las leyes* se sustituye el poder federativo por el judicial.

El gran aporte de Montesquieu al pensamiento político no es, como suele entenderse, la división de poderes. Ésta ya existía desde un siglo antes en los escritos de varios teóricos británicos, y se venía aplicando en Inglaterra desde finales del XVII. El mérito de *El espíritu de las leyes* es de carácter sociológico: la búsqueda del equilibrio social a partir de la división de poderes.

Afirma Montesquieu que la opresión se evita dividiendo al poder, distribuyéndolo entre órganos independientes e iguales entre sí. “Todo estaría

⁵⁷⁷ EISENMANN, C. (1975). “El Espíritu de las Leyes y La Separación de poderes”. En *Anuario Jurídico N° 2 UNAM*, p. 429-453. Al primer grupo pertenecen la mayoría de los juristas de derecho público de la primera mitad del siglo XX, aunados en lo que se llamó interpretación separatista. Para estos juristas, el aparato descrito por Montesquieu estaría conformado por tres cuerpos absolutamente autónomos que tendrían el monopolio de una parte del poder, ninguno de los cuales contaría con los medios constitucionales para impedir a los otros el ejercicio de su actividad, o para obligarlos a ejercerla. Para el segundo grupo, en cambio, el modelo se basaría en una separación relativa de los poderes, porque si bien cada órgano parece especialmente abocado a una de las funciones señaladas, no es la única en la que interviene, ni le compete de manera exclusiva. Esta es la línea interpretativa que comparten los padres de la Constitución americana, Destut de Tracy y Benjamin Constant, entre otros.

⁵⁷⁸ MADISON, J. (1994). “Carta XLVII”. En *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 204-209.

perdido si el mismo hombre y el mismo cuerpo ejerciese los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutarlas y el de juzgar”.

La idea de la separación de poderes se enraíza en una preocupación filosófica por el equilibrio, como máxima de actuación que identifica con la felicidad y que trata en su obra *Causa de la Grandeza de los Romanos y de su Decadencia*, en la cual identifica la autodestrucción con el desmesuramiento, por lo que el correctivo para una vida feliz sería el equilibrio.

El esquema de Montesquieu se concreta en los antecedentes de Roma republicana, donde quienes ejercen cada cuota de poder se vinculan recíprocamente mediante un sistema de correctivos y de vetos, porque el peor enemigo de la libertad es el poder y es necesario encontrar una disposición de las cosas para que el poder frene el poder.

Estas afirmaciones de la concepción del equilibrio en el ejercicio del poder como garantía de la libertad viene a estar reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando afirma: “La libertad se vería amenazada si los poderes ejercieran facultades no concedidas; si hay algo que ha consagrado la Constitución, y no sin fervor, es la limitación del poder del gobierno. La Constitución ha establecido, inequívocamente, un sistema de poderes limitados” (Fallos 330: 3160).

Muchos autores contraponen el concepto de división de poderes y de constitución mixta, señalando que la división o separación de poderes establecida por las modernas constituciones liberales resulta algo muy diferente de la constitución mixta.

Así, el modelo de nuestra Constitución Nacional adopta el paradigma del equilibrio y no el de una división tajante del poder en funciones, como muchas veces pretendió entenderse, pues es más importante el control y los frenos interpoderees que el asignarles una función preponderante.

Ha sostenido nuestro máximo tribunal:

El accionar de los tres poderes es armónico y coordinado, y teniendo cada uno de ellos atribuciones exclusivas, tiene a su vez relaciones con los otros, a los que asiste, complementa y controla (Voto del Dr. Eduardo Moliné O’Connor en Fallos 316: 2940).

Dentro del sistema republicano de gobierno establecido por la Constitución

Nacional el accionar de los tres poderes del Estado es armónico y coordinado pues aunque cada rama tiene algunas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí, de lo contrario se descompensaría el sistema constitucional que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de dichos poderes actúe obstruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales (Fallos 327: 46).

No obstante, resulta innegable que recepta el binomio *auctoritas-potestas*, en el reconocimiento de dos poderes abordados desde la periodicidad en su ejercicio, y un poder, intérprete último y reservorio de los alcances de los derechos, que puede predicarse como el único independiente al resguardo de la garantía de la inamovilidad.

Entender la estructura del concepto de *auctoritas* permite despejar toda duda acerca de los mecanismos de integración y nombramiento del Poder Judicial.

El concepto premoderno, que todavía se puede rastrear en un autor de transición como Montesquieu, se refiere a un gobierno en el que participan como sujetos activos, como gobernantes, las partes reales de la sociedad.

Los poderes del constitucionalismo en la modernidad no son, sin embargo, partes distintas del cuerpo social, sino representantes del mismo sujeto: el pueblo homogéneo compuesto por individuos que aspiran a la igualdad de oportunidades, que fuera de los momentos excepcionales cuando aparece dotado de poder constituyente se expresa ordinariamente a través de dichos mediadores. Esta es la razón por la cual la división de poderes no constituye un reflejo de la pluralidad social como sí lo es la constitución mixta.

Con ello puede afirmarse que la división de poderes concebida conjuntamente con el principio de representación alejaba la concreción de la idea de una sociedad heterogénea, bajo el lema de la prédica de una igualdad y de la garantía de la libertad que jamás pudo concretarse.

La soberanía del pueblo se expresaba a través de la ley, que no era otra cosa que la voluntad de un órgano político, sin participación directa alguna. Éste era el modelo de la constitución del liberalismo clásico.

Los principios así esbozados han sido desplazados por realidades de un mundo globalizado, donde lo importante es el reconocimiento de la desigualdad y la necesidad de los equilibrios, más que una tajante división de funciones, que nunca se ha dado en nuestro sistema constitucional que desde antaño reconoce una interpretación dinámica en la voz de la jurisprudencia.

IV. Conclusiones

El gran aporte de Roma ha sido el concepto de civilidad, así como la construcción desde sus mismos orígenes del equilibrio en el ejercicio del poder y la participación ciudadana.

Según Hannah Arendt, el jurista romano captó muy bien que la praxis política consistía fundamentalmente en custodiar la herencia de la fundación, la del primer *consensus iuris*.

Nos encontramos así ante una compleja política que, al admitir la participación de partes muy diversas, nos puede recordar a la constitución mixta. Ya no se trata de representar la totalidad, de dar forma a lo que por su naturaleza está ausente, el cuerpo colectivo e indivisible del pueblo, sino de representar en la totalidad, de favorecer la expresión política de fuerzas, necesidades e intereses. Y todo ello dentro de una realidad en la que las agrupaciones son sujetos activos y, por lo tanto, responsables de dar una solución al problema político.

Por otra parte y tomando en consideración la tradición romanista de nuestro derecho, puede afirmarse que su reconocimiento no resultaría extraño a sus sólidas bases, y de tal manera podría no solo reforzarse el principio de participación ciudadana y el derecho fundamental a un buen gobierno,⁵⁷⁹ sino la idea del compromiso con lo público que subyace en

⁵⁷⁹ Así, se destaca en el Preámbulo del Código Iberoamericano de Buen Gobierno, suscripto por la Argentina: "...En definitiva queremos que la actuación gubernamental consista en la práctica de la promoción del interés general, y se aleje del reprobable abuso de los recursos públicos para fines de interés partidista o particular. En conclusión, a partir del compromiso

toda república. En este sentido la reinstalación de la transparencia, el acceso a la información de los actos de gobierno y el buen manejo y preservación de los fondos públicos resultan instrumentos indispensables para la recuperación de la credibilidad pública.

En palabras de Riberi, “la esperanza cívica, en resumidas cuentas, es un antídoto moral que permite resistir la deshumanizante degradación que nos afecta”.⁵⁸⁰

Y en palabras de Virgilio, el legado de Roma también resulta innegable en los aspectos que nos convocan:

Otros habrá –lo creo– que con rasgos más mórbidos esculpan bronces que espiran hálitos de vida y que saquen del mármol rostros vivos, que sepan defender mejor las causas y acierten a trazar con su varilla los giros en el cielo y anuncien la salida de los astros. Tú, romano, recuerda tu misión: ir rigiendo los pueblos con tu mando. Estas serán tus artes: imponer leyes de paz, conceder tu favor a los humildes y abatir combatiendo a los soberbios. (Virgilio, Eneida VI, 846-853).⁵⁸¹

adquirido con la ciudadanía y los pueblos, y de nuestro apoyo a los valores del pluralismo democrático, manifestamos de forma explícita lo siguiente: Consideramos inaceptable: 1. Un Gobierno que ampare y facilite la corrupción (...).”

⁵⁸⁰ RIBERI, P. (2014). *Teoría de la Representación Política*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

⁵⁸¹ Hasta el final de su vida, y durante más de diez años, Publio Virgilio Marón (70-19 a. C.) estuvo dedicado a la composición de la Eneida, unánimemente reconocida como el más perfecto exponente del clasicismo romano. Virgilio pretendió con ella ofrecer al público romano la gran epopeya de sus orígenes, que sirviera al tiempo como justificación y exaltación del nuevo régimen impuesto por el emperador Augusto. El resultado sería esta magistral combinación entre el pasado legendario de Roma y su historia reciente. Más allá de las evidentes funciones políticas y sus distintos niveles temáticos, la Eneida nos ofrece la gesta de un héroe exiliado de su patria. Tras la quema de Troya a manos de los griegos, Eneas parte hacia una tierra extraña, en la que habría de encontrar su nuevo hogar. En su viaje por mar, el hijo de Venus arrostrará numerosas dificultades hasta llegar a su destino en la costa italiana, e incluso allí se verá obligado a entablar una guerra contra los pueblos itálicos, para conseguir al fin fundar una ciudad llamada a convertirse en cabeza del mundo. VIRGILIO (2010). *La Eneida*. Traducción por Javier Echave Sustaeta. Madrid: Gredos.

El divorcio en la época de Justiniano: comparativo con las leyes 14.394 y 23.515 y la legislación actual

Por Noelia Morchio⁵⁸² y Giselle Trupia Verón⁵⁸³

I. Introducción

El divorcio como modo de disolución del matrimonio ha sido una constante en la historia de Roma. Incluso Plutarco hace referencia a la existencia de una *Lex Regia*, según la cual se permitiría al marido repudiar a su mujer por causas enunciadas de modo taxativo, por ejemplo: envenenamiento de

⁵⁸² Abogada (UBA) con orientación en Derecho Privado. Colaboradora de la asignatura Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cátedra de la Dra. Mirta B. Álvarez, en la comisión de la Dra. Mariana V. Sconda.

⁵⁸³ Abogada (UBA) con orientación de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario y en Derecho Privado. Jefa de Trabajos Prácticos de la asignatura Derecho Romano en UFLO Universidad (Anexo San Miguel). Ayudante de Segunda en la materia Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cátedra de la Dra. Mirta Álvarez, en la comisión de la Dra. Mariana V. Sconda. Jefa Interina de Trabajos Prácticos de Derecho Romano en la Universidad de Morón, cátedra del Dr. Matias Arregger.

la prole, adulterio y sustracción de las llaves de la bodega (esto último sumamente ligado al consumo de vino para las mujeres y su supuesta “debilidad espiritual”). En toda la historia romana, las causales de divorcio fueron diferentes para los hombres y las mujeres, siendo las que podían invocar estas últimas más restrictivas que las que podía invocar el hombre.

Pero lo que nos atañe a nosotras y que es nuestro objeto de análisis es el divorcio como institución en la época justiniana y su comparativo con la Ley 14.394, Régimen de menores y bien de familia, la Ley de Divorcio Vincular N° 23.515, que incorporó dicha institución en el Código velezano, y la legislación vigente en el actual Código Civil y Comercial de la Nación.

II. Divorcio vincular: su evolución en la norma

El concepto de divorcio vincular llega por primera vez al ordenamiento jurídico argentino de la mano del presidente Juan Domingo Perón en el año 1954. El artículo 31 de la Ley 14.394 introdujo el instituto de divorcio vincular para los casos de ausencia con presunción de fallecimiento. Además, incorporó el instituto para aquellos casos que hubieran obtenido la separación de cuerpos con al menos un año de antelación. Este hito en el derecho duró muy poco tiempo, y desde 1956 hasta la sanción de la Ley 23.515, en el año en 1987, el divorcio era una utopía. Sancionar la Ley de Divorcio implicaba autorizar un cambio de paradigma, que como la gran mayoría de los cambios estructurales genera temor. La llegada de la Ley 23.515 significó en nuestra sociedad el temor a “el fin del matrimonio”. De más está decir que la ola de divorcios que se suscitaron no tuvo que ver con una crisis en la institución en sí misma, sino que se debió a la gran cantidad de personas que no podían divorciarse por la inexistencia de la ley.

Según nuestro objeto de estudio, que versa sobre la concepción del divorcio en la época justiniana, en contraste con la legislación argentina, encontramos un sinnúmero de puntos en común. Ya sea que nos proponamos analizar las antiguas leyes como las actuales, encontramos un arduo paralelismo. Podríamos decir que tuvo una mirada más amplia, que al

derecho actual le costó llegar. Una vez más, los principios de Roma están presentes en la norma.

En el derecho romano, las causales de divorcio siempre fueron diferentes para los hombres y para las mujeres. En un principio, era válido que el marido se divorciase de su mujer, si esta fuera adúltera, envenenara a la prole y/o le sustrajera las llaves de la bodega. Constantino incorpora la posibilidad a la mujer de repudiarlo, en caso de que su esposo fuera homicida, envenenador de la prole o violador de sepulcros.⁵⁸⁴

Justiniano va a continuar con la línea posclásica pero restringiendo algunos aspectos en la libertad del divorcio.⁵⁸⁵ Este emperador llegó al poder en el año 527 y fue el último de corte netamente romano en una sucesión de emperadores bizantinos. Durante su mandato reconoció cuatro tipos o clases de divorcio, según lo receptan sus Novelas 22. 4: a) Divorcio *ex iusta causa*; b) Divorcio *sine causa*; c) Divorcio *communi consensu*; y d) Divorcio *bona gratia*.⁵⁸⁶

A continuación, analizaremos cada una de las causales e iremos integrando dicho análisis con la evolución de divorcio en nuestro ordenamiento jurídico.

⁵⁸⁴ LOZANO CORBÍ, E. (1997). "La causa más conflictiva de disolución del matrimonio desde la antigua sociedad romana hasta el Derecho justiniano". En *Revista Proyecto Social: Revista de Relaciones Laborales*, Nº 4-5, Ed. Universidad de Zaragoza, p.187 y ss. "En el año 331, Constantino con una célebre constitución imperial, que por las expresiones usadas y por las disposiciones en ella contenidas parece redactada no por la cancillería imperial, sino en ambiente eclesíástico cristiano, castiga gravemente al cónyuge que se divorcia unilateralmente fuera de tres *iustae causae*, taxativamente determinadas". DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 327 y ss.

⁵⁸⁵ DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. (2001). *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Madrid: Marcial Pons, p. 121. "Justiniano puso obstáculos de forma y sancionó con duras penas a los que se divorciaban, pero nunca derogó el divorcio."

⁵⁸⁶ DI PIETRO, *op. cit.*, p.328 y ss. Novelas 22. 4: GARCIA DEL CORRAL, I. (1988). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto traducido al castellano del latino. Valladolid: Editorial Lex Nova.

a) *Divorcio ex iusta causa*

Se van a enumerar las causas de modo taxativo, incorporándolas tanto para el hombre como para la mujer y otorgándole un espacio a la mujer que antes no tenía.

Las del varón están reguladas en la Nov. Cit. 8, entre ellas encontramos: a) si la mujer sabía de una conspiración contra el emperador y no le hubiese avisado; b) por adulterio de la mujer; c) si la mujer hubiese atentado contra su vida; d) si, no queriendo el marido, comiera con extraños o se bañara con ellos o se quedare fuera de su casa (a no ser la de sus padres); f) si no sabiéndolo el marido o habiéndoselo prohibido asistiera al circo o al teatro. Mientras que las que puede invocar la mujer se mencionan en la Nov. Cit. 9: a) si el marido hubiera conspirado contra el emperador, o sabiendo que lo estaban haciendo otros, no lo denunció; b) haber atentado contra su vida o si otros atentaron contra su vida y el marido no la defendió; c) si la hubiera incitado al adulterio entregándola a otros hombres; d) si el marido la hubiese acusado falsamente de adulterio; e) si el marido viviera en otra casa con otra mujer y habiendo sido advertido dos veces por sus padres o los de su mujer u otras personas dignas de fe.⁵⁸⁷

¿Qué efectos tienen tanto para el hombre como para la mujer resultar “culpables” de un divorcio?

Si la mujer era quien resultaba culpable, perdía la dote, la cual quedaba en propiedad de su marido o en usufructo si existieran hijos, tal como lo receptan en las Novelas 117. 8 pr. Si, en cambio, quien resultaba culpable

⁵⁸⁷ LOZANO CORBÍ, *op. cit.*, p.190 y ss.; DI PIETRO, *op. cit.*, p. 328; BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Reus, p. 193 y ss.; ARANGIO RUIZ, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 506 y ss.; VENTURINI, C. (2014). “Matrimonio y divorcio: la tradición romanística frente a la actualidad”. En *Revista semestral Nova Tellus del Centro de Estudios Clásicos del Instituto de Investigaciones Filológicas de la UNAM*, Vol. 32- Nº 1, Ed. UNAM, México, p.112 yss.

era el marido, debía devolver la dote y pagar la *donatio propter nuptias*. Si existieran hijos, éstos van a recibir la nuda propiedad, quedando la mujer como usufructuaria.⁵⁸⁸

A partir de la comparación con nuestro sistema jurídico, en nuestro primer intento de regular el divorcio no se hizo hincapié en las causales como lo ha hecho Justiniano en esta primera clase de divorcio. De hecho, esta norma, que duró muy poco tiempo, solo habilitaba a solicitar el divorcio vincular a quienes tuvieran sentencia firme de separación de cuerpos.

El artículo 31 de la Ley 14.394⁵⁸⁹ cita:

La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, autoriza al otro cónyuge a contraer nuevo matrimonio, quedando disuelto el vínculo matrimonial al contraerse estas segundas nupcias. La reaparición del ausente no causará la nulidad del nuevo matrimonio. También, transcurrido un año de la sentencia que declaró el divorcio, cualquiera de los cónyuges podrá presentarse al juez que la dictó pidiendo que se declare disuelto el vínculo matrimonial, si con anterioridad ambos cónyuges no hubieren manifestado por escrito al juzgado que se han reconciliado. El Juez hará la declaración sin más trámite ajustándose a las constancias de los autos. Esta declaración autoriza a ambos cónyuges a contraer nuevas nupcias (...).

La controvertida norma del peronismo permitía a cualquiera de los cónyuges pedir la disolución matrimonial cuando existiese una sentencia de divorcio no vincular, a fin de que pudieran contraer nuevas nupcias. De modo tal que se implantó tangencialmente la aprobación del divorcio vincular, promovida desde las visiones seculares de la familia dentro del peronismo, en el marco del enfrentamiento entre aquel gobierno y la Iglesia.⁵⁹⁰ Pero en 1956, depuesto el peronismo, la norma quedó sin efecto.⁵⁹¹

⁵⁸⁸ DI PIETRO, A., *op. cit.* p. 328.

⁵⁸⁹ Ley 14.394.

⁵⁹⁰ COSSE, I. (2008). "La historia de la familia en la Argentina del siglo XX". En *Anuario IEHS*, Tandil, N° 23.

⁵⁹¹ La suspensión del artículo 31 de la Ley 14.394 se aprobó por el Decreto 4070 del 1º de marzo de 1956, paralizándose todos los trámites pendientes.

Sí podemos afirmar que al momento de solicitar la separación de cuerpos las partes recurrieron a diferentes causales: abandono voluntario y malicioso, injurias graves y adulterio,⁵⁹² encontrando así una clara huella del derecho romano que busca una causal para poder darle lugar en este caso a la separación de cuerpos, también denominada separación personal.

Podemos encontrar un claro paralelismo con aquella ley sancionada en 1987, la Ley 23.515 de Divorcio Vincular, que hoy fue reemplazada por la Ley 26.994, que sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación.

En pleno comienzo de la democracia, su sanción fue sumamente innovadora. Hasta ese momento, solo era posible la separación personal. La ley vino a dar un orden a muchas situaciones que ya estaban consumadas.

Esta ley no solo venía a incluir al divorcio como una posibilidad real y tangible en nuestro ordenamiento jurídico, sino que además enumeraba una serie de causales taxativas en el antiguo artículo 214 del Código Civil, inciso 1, que hace referencia al artículo 202, punto en común con el derecho romano:

Artículo 202. Son causas de separación personal: 1. El adulterio; 2. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador; 3. La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos; 4. Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse; 5. El abandono voluntario y malicioso.

Del articulado se desprenden algunas causas que son idénticas a las justinianeas. El adulterio, la instigación a cometer delitos, son claros ejemplos de ello.

Las causales enumeradas hacen referencia a conductas reprochables de los esposos y con el fin de un divorcio sanción, en la búsqueda de un

⁵⁹² GIORDANO, V. y VALOBRA, A. (2014). "El divorcio vincular a través de los fallos judiciales, 1955-1956". *En Derecho y Ciencias Sociales*, N° 10, p. 2-23, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S de la UNLP.

responsable de la necesidad de la disolución del vínculo. Esta ley solo permitía que el pedido de divorcio pudiera ser presentado ante la Justicia recién a los tres años de la celebración de las nupcias.⁵⁹³ Sobre este punto de análisis, Justiniano no incorpora plazo alguno.

Ahora, en nuestro derecho vigente y con las incorporaciones del nuevo Código Civil y Comercial, no encontramos este punto en común dado que se eliminan las causales. Esta clase de divorcio con una justa causa enumerada taxativamente en el derecho romano no encuentra punto de coincidencia en nuestro derecho en el año 2021.

b) Divorcio sine causa

Se da cuando uno de los cónyuges, de modo unilateral y sin existir causas graves, se divorcia.⁵⁹⁴

En la regulación justiniana, las penas por divorciarse son mayores. En el caso de la mujer que se divorcia sin causa, pierde su dote a favor de su marido o hijos, si los hubiere. Debe además entrar a un monasterio al cual deberá darle una proporción de sus bienes, entregando el resto a sus hijos o padres, si los tuviera, salvo que teniéndola *in potestate* hubiesen dado su consentimiento al repudio sin causa.⁵⁹⁵

También existía pena para el caso de los hombres, quienes deberían devolver la dote y la donación *propter nuptias*. Además, deberán darle de sus bienes un monto equivalente a la tercera parte de la donación.⁵⁹⁶ ¿Acaso lo podemos relacionar con la compensación económica actual?

Ya que continuaban los divorcios sin causa, en la Novela 134. 11 (año

⁵⁹³ Artículo 215, Código Civil de la República Argentina.

⁵⁹⁴ Novelas 22. 4. GARCIA DEL CORRAL, *op. cit.*; BONFANTE, *op. cit.*, p. 193 y ss.; ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 506 y ss.

⁵⁹⁵ Novelas 117. 13 (año 542); GARCIA DEL CORRAL, *op. cit.*; DI PIETRO, *op. cit.*, p. 328 y ss.

⁵⁹⁶ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 329. "Por una Constitución del año 538, Justiniano estableció que si alguien tomaba mujer en matrimonio poniendo la mano sobre las Sagradas Escrituras o jurando en casas de oración, no podía repudiarla sin causa." Nov. 74. 5; GARCIA DEL CORRAL, *op. cit.*

556) se estableció que tanto si lo hubiere hecho el marido como la mujer eran enviados a un monasterio. Si había hijos, éstos se hacían propietarios de los bienes; si no los había, los ascendientes recibían 1/3, yendo los 2/3 restantes al monasterio. Si no había ascendientes o éstos hubieran consentido en el repudio, todos los bienes iban a favor del monasterio.⁵⁹⁷

En nuestro ordenamiento jurídico podemos distinguir dos momentos de este divorcio sin causa.

En la Ley 23.515, el artículo 214 contemplaba una única causal objetiva para pedir el divorcio, e implicaba el paso del tiempo.

Artículo 214. Son causas de divorcio vincular. 1ro. Las establecidas en el artículo 202; 2do. La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el artículo 204.

Artículo 204. Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente.⁵⁹⁸

Actualmente nuestro Código Civil y Comercial de la Nación no contempla la necesidad de que se enuncien causales, y de hecho elimina la idea de culpabilidad: “Se regula un solo tipo de divorcio, el incausado. Se suprimen las causas objetivas y subjetivas, y se elimina la figura de la separación personal”.⁵⁹⁹

También redujo el tiempo que es necesario para el inicio del divorcio, tres meses desde la celebración del matrimonio. Sin embargo, introduce aspectos

⁵⁹⁷ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 329.

⁵⁹⁸ Artículos 214 y 204 del Código Civil de la República Argentina.

⁵⁹⁹ HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires: Infojus.

como “compensación económica” y la necesidad de plasmar un convenio en caso de que existan bienes, niños, alimentos, régimen de comunicación.

c) *Divorcio communi consensu*

El tan conocido por nosotros divorcio de común acuerdo, el que tiene lugar por el mutuo consentimiento de las partes.

Va a ser abolido por Justiniano conforme luce en la Novela 110. 10 (año 542), quedando vigente solo por razón de castidad.⁶⁰⁰ Esto significó una innovación respecto a la tradición anterior. Sin embargo, posteriormente fue repuesto por Justino II, sucesor de Justiniano, y se dispuso que no habría castigo para ninguno de los cónyuges (Nov. 140, año 566).⁶⁰¹

En la Ley 23.515, sería el caso del divorcio regulado en el artículo 215 del Código Civil, aquel que tiene lugar por presentación conjunta y en el que no existe una idea de culpabilidad, ni discusión.

Así rezaba el mentado artículo: “Transcurridos tres años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su divorcio vincular, conforme lo dispuesto en el artículo 236”.

Esta causal implicaba la posibilidad de que los cónyuges se presentasen

⁶⁰⁰ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 329: “Justiniano, prohibió el divorcio por mutuo consentimiento, salvo por razones de castidad, estableció para este caso que si el marido o la mujer que se hubieren divorciado contrae nupcias o vive lujuriosamente, se les entregue a los hijos, además de la dote y la donación nupcial, casi todos los bienes del patrimonio del quien incurrió en esa falta. Si no hubieren hijos, los bienes van al fisco (Nov. 117. 10)”

⁶⁰¹ LOZANO CORBÍ, *op. cit.*, p. 191 y ss. “El emperador Justiniano, cambiando decididamente los principios del derecho clásico en orden al matrimonio, prescribiendo que aun el divorcio por mutuo consentimiento de ambos cónyuges, excepto el caso de voto de castidad de uno de ellos, debe de ser castigado con las mismas sanciones establecidas para el repudio, fuera de las *iustae causae*”; DI PIETRO, *op. cit.*, p. 329; BONFANTE, *op. cit.*, p. 193 y ss.; ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 506 y ss.; VENTURINI, *op. cit.*, p. 113.

de modo conjunto, a fin de evitar plazos de notificación y de resolver cuestiones de índole matrimonial en un mismo acto. Sin exigírseles a los futuros ex esposos que debieran ventilar cuestiones que se entendían como privadas, siendo únicamente las causales objetivas las que importaban. La causal objetiva por excelencia era el transcurso del tiempo sin voluntad de volver a unirse.

d) Divorcio bona gratia

Se trata de un divorcio en el cual no hay un cónyuge culpable. Es un tipo de disolución libre de penalidades. Este tipo de divorcio inicia regulado en varias Novelas, siendo la última regulación la establecida en la 117. 12 del año 542 reduciendo el listado de causales a tres: 1) Si uno de los cónyuges ingresaba a la vida monástica; 2) La impotencia incurable del marido, después de 3 años de matrimonio; y 3) La caída en cautiverio de uno de los integrantes del matrimonio.⁶⁰²

En nuestro ordenamiento jurídico actual, y tras la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en vigencia desde el 1º de agosto de 2015, todos los divorcios podrían ser considerados *in bona gratia*, ya que no existe la idea de culpabilidad ni de penalidades, sino que se busca resolver de modo objetivo los posibles desequilibrios que pueda traer la disolución del vínculo, pero no sancionar el comportamiento de uno de los integrantes de matrimonio.

Esta nueva norma viene a solucionar problemas de fondo, ya que con el

⁶⁰² DI PIETRO, *op. cit.* p. 329. "En un primer momento el divorcio *bona gratia* ocurría por las siguientes causales: a) el ingreso de uno de los cónyuges en la vida monástica (Nov. 22. 5); b) por la impotencia del marido para realizar la unión sexual, luego de transcurrir tres años de matrimonio (Nov. 22.6- C. 5.17.10), no se habla de la imposibilidad de la mujer; 3) el cautiverio de un cónyuge, una vez transcurridos cinco años, siendo incierta la suerte de él (Nov. 22. 7); 4) en favor de la mujer, la ausencia de su marido por causa de milicia, luego de haber transcurrido diez años, con incerteza de la voluntad del marido de querer permanecer en matrimonio. (Nov. 22. 14)"; BONFANTE, *op. cit.*, p. 193 y ss.; ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 506 y ss.

Código velezano, y si no se encausaba en la causal objetiva que era únicamente el simple paso del tiempo, había que ingresar en una ardua batalla judicial para probar la “inocencia” de uno de los esposos a los efectos de que existiera un esposo con obligación alimentaria a favor del otro. Lo indicado provocaba, entre otras cuestiones, que los procesos judiciales de divorcio fueran extremadamente largos y agotadores, ventilándose en sede judicial cuestiones que pertenecían a la privacidad de cada familia.

Desde la sanción de la Ley 26.994, únicamente es necesario expresar el deseo de no mantenerse unido en matrimonio, sin necesidad de ventilar cuestiones privadas, ni tampoco de acordar todas las cuestiones de índole patrimonial y personal que pueden desprenderse del trámite de un divorcio, como por ejemplo los alimentos de los hijos menores, la atribución del hogar conyugal, la división de los bienes del matrimonio y demás menesteres que requieran resolución.

La sentencia de divorcio se va a dictar ya sea que exista o no un acuerdo. Si se inicia la demanda de modo unilateral, el juez citará en el marco del divorcio a una única audiencia de conciliación. Si dicha audiencia es exitosa, se celebrará un acuerdo que será homologado por el juez. Si en cambio fracasa, se dictará igualmente sentencia de divorcio, debiendo resolverse por vía incidental las cuestiones de índole patrimonial y de organización de los hijos menores.

III. Conclusión

En nuestro recorrido por la legislación que analiza el instituto del divorcio vincular podemos encontrar cada una de las clasificaciones a las que arribó Justiniano. El derecho romano es un antecedente histórico que nos marca el camino a seguir.

Con la Ley 14.394, que tuvo un período muy breve de vigencia, se abrió una puerta que marcó un antecedente único en la sociedad de nuestro país y el inicio de la búsqueda para darle un marco a muchas familias constituidas fuera del contexto de la ley.

La ley de la democracia, la 23.515, que trabajó a fondo la institución, con

las antítesis de la posibilidad tanto de un divorcio de común acuerdo (*communi consensu*), donde ambos cónyuges se presentan en forma conjunta solicitando el divorcio, como también la posibilidad de exigir un divorcio con causa (*ex iusta causa*) en la búsqueda de una causal y una sanción con respecto al responsable de la disolución del matrimonio, abrió el juego a que muchas familias pudieran disolver vínculos anteriores y contraer nuevas nupcias.

También en esta norma podemos encontrar el paralelo al divorcio *bona gratia* y al divorcio *sine causa*, al existir la posibilidad de un divorcio sin causa y sin culpables. Donde el trato de esposos y la *affectio maritalis* dejan de existir, no hay motivo para la continuidad de la unión.

Con la última modificación del Código Civil y Comercial argentino se dejan de lado todo tipo de causal y se logra un avance mucho más rápido al momento de alcanzar la sentencia del divorcio. Solo encontramos punto en común con el divorcio *bona gratia* y el divorcio *sine causa* de Justiniano. Se permite a los matrimonios lograr una sentencia firme más allá de cualquier diferencia económica con respecto a los bienes gananciales, régimen de comunicación o alimentos, en caso de existir.

Consideramos que nuestro derecho en relación a la institución del divorcio ha ido evolucionando, tomando en cuenta las necesidades de una sociedad que cambia y modifica constantemente sus necesidades.

Si bien entre la sociedad romana y la sociedad argentina hay un sinnúmero de diferencias y miles de años de evolución, siempre encontramos rasgos de un derecho romano que deja su huella y enseñanza.

Bibliografía

ARANGIO RUIZ, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma.

BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Reus.

COSSE, I. (2008). “La historia de la familia en la Argentina del siglo

XX”. En *Anuario IEHS*, Tandil, N° 23.

DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. (2001). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Marcial Pons: Madrid.

DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma.

GARCIA DEL CORRAL, I. (1988). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Valladolid: Editorial Lex Nova.

GIORDANO, V. y VALOBRA, A. (2014). “El divorcio vincular a través de los fallos judiciales, 1955-1956”. En *Derecho y Ciencias Sociales*, N°10, p. 2-23, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S de la UNLP.

HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Infojus.

LOZANO CORBÍ, E. (1997). “La causa más conflictiva de disolución del matrimonio desde la antigua sociedad romana hasta el Derecho justinianeo”. En *Revista Proyecto Social: Revista de Relaciones Laborales*, N° 4-5, Ed. Universidad de Zaragoza, p.181 a 194.

VENTURINI, C. (2014). “Matrimonio y divorcio: la tradición romanística frente a la actualidad”. En *Revista semestral Nova Tellus del Centro de Estudios Clásicos del Instituto de Investigaciones Filológicas de la UNAM*, Vol. 32, N° 1, Ed. UNAM, México, p.105 a 120.

La defensa de los derechos sobre bienes y cosas: la acción reivindicatoria⁶⁰³

Por Gabriela Victoria Morel⁶⁰⁴

I. Introducción

La reforma del Código Civil (en adelante, CC) plasmada en la Ley 26.994, cuya vigencia comenzó a partir del 1° de agosto del año 2015, produjo la unificación de los códigos Civil y Comercial y, a su vez, la modificación e incorporación de distintos institutos jurídicos, como también la conservación de otros que ya habían sido receptados en el Código velezano.

⁶⁰³ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación de UFLO Universidad "Una mirada romanista a la parte general del Código Civil y Comercial de la Nación", dirigido por la Dra. Mirta Álvarez.

⁶⁰⁴ Abogada. Especialista y Maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Docente en las materias de Derecho Romano y Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora externa en UFLO Universidad, en el proyecto "Una mirada romanista a la parte general del Código Civil y Comercial de la Nación", dirigido por la Dra. Mirta Álvarez. Secretaria del Juzgado N°23 de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la CABA.

En lo que respecta a la parte general (Libro I), nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyCN) introdujo significativas reformas como es la regulación de los bienes y cosas. Ello, a diferencia de lo que ocurría con el CC que trataba esta cuestión en la sección referida a los derechos reales (Título III).⁶⁰⁵

En el presente trabajo, primero haremos referencia a la regulación de los bienes y cosas, toda vez que éstas se constituyen como objeto de las relaciones de poder reconocidas en el CCyCN, como así también de los derechos reales. Y, posteriormente, nos centraremos en la acción reivindicatoria a fin de escudriñar en sus características principales.

Desde este vértice, el propósito del trabajo se encuentra centrado en analizar la acción reivindicatoria cuyo objeto son los bienes y cosas regulados en la parte general del CCyCN. La finalidad que guía este análisis es poder determinar cómo, con diferentes formas, desde el procedimiento de las *legis acciones* han llegado a nuestros días disposiciones cuya raíz se encuentra en el derecho romano y aplicamos de manera cotidiana en la práctica jurídica.

II. El CCyC: Bienes y cosas y la acción reivindicatoria

II. a) *Bienes y cosas*

El título III del Libro I, en su primer capítulo, regula los “Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva”. Este título es preciso leerlo en concordancia con los artículos 15 y 16 del CCyCN,

⁶⁰⁵ Este orden regulatorio ha sido reconocido positivamente por parte de la doctrina toda vez que su importancia y centralidad abarca distintas especialidades del derecho civil: contratos, obligaciones, el derecho sucesorio y de familia, además de los derechos reales. Ver PERALTA MARISCAL, L. (2014). “Comentario al Libro I, Título III, capítulo 1 del CCyCN”. En MEDINA, G. y RIVERA J. (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley, p. 538. Asimismo, en los fundamentos del Anteproyecto se explican las razones de esta decisión.

referidos a la titularidad de los derechos y los bienes y cosas, respectivamente. En efecto, conforme lo establecen los artículos en mención, los derechos individuales de las personas pueden recaer sobre bienes que integran su patrimonio.

Entre ellos, bienes que son susceptibles de valor económico y a su vez, si estos bienes son materiales, el CCyCN, siguiendo lo establecido previamente en el CC, refiere a cosas.⁶⁰⁶ El ejercicio de estos derechos individuales debe ser acorde y sin menoscabar los derechos de incidencia colectiva, como el medio ambiente y los valores culturales (art. 240 del CCyCN). Esto último resulta una innovación que encuentra su fundamento en la Constitución Nacional, cuyo artículo 43 reconoce la categoría de los derechos de incidencia colectiva que fuera interpretado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Halabi”.⁶⁰⁷

En la sección I del capítulo referido con anterioridad, el CCyCN establece una clasificación y conceptualización de los distintos tipos de cosas. Entre ellos y en lo que aquí interesa, los inmuebles (por naturaleza y por accesión), las cosas muebles, divisibles, principales, accesorias, consumibles, fungibles y los frutos y productos,⁶⁰⁸ clasificación que resulta de clara raíz romanista conforme las fuentes.⁶⁰⁹

⁶⁰⁶ DE LORENZO, M. F. y LORENZETTI, P. (coord.) (2015). “Arts. 1 a 256”. En: LORENZETTI, R. (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 37. La definición de cosas se encuentra contenida bajo el Título Preliminar, en el artículo 16 del CCyC y nos dice que son “los bienes materiales.” La regulación resulta concordante con lo dispuesto en el Código Civil, donde Vélez en el artículo 2311 definió cosas y en el artículo 2312 definió a los bienes como aquellos “objetos inmateriales susceptibles de valor.” Es decir, bienes es el género y cosas la especie. De acuerdo a lo preceptuado, los bienes son susceptibles de valor económico y abarcan tanto los bienes materiales como inmateriales, reduciéndose las cosas únicamente a los bienes materiales. Ver BORDA, G. (2008). *Tratado de Derecho Civil. Parte General. Actualizado*. Tomo II. 13ª ed. Buenos Aires: La Ley, p. 27.

⁶⁰⁷ Fallos: 332:111.

⁶⁰⁸ Ver arts. 225 a 233 del CCyCN.

⁶⁰⁹ Ver, I. 2, 1, 29; D. 19, 1, 17, 10; D. 41, 3, 30; D. 5, 1, 76; D. 41, 2, 30; D. 6, 1, 35, 3; I. 2, 1, 33-34; D. 41, 1, 9; D. 8, 4, 6, 1; D. 7, 5; D. 12, 1, 2, 1; D. 22, 1, 36; D. 5, 3, 29; D. 24, 3, 7, 12; D. 50, 16, 77.

Asimismo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1908 del CCyCN sobre ellos se ejercen relaciones de poder, es decir, relaciones de hecho consistentes en vínculos fácticos que no requieren de manera indispensable que exista una relación jurídica,⁶¹⁰ resultando ellos la posesión y la tenencia, de acuerdo a las definiciones contenidas en los artículos 1909 y 1910 del CCyCN. El objeto de ambas relaciones de poder es la cosa determinada ya sea la totalidad o una parte de la cosa, siendo una exigencia que sea cosa cierta (art. 1912 del CCyCN).

II. b) Acción reivindicatoria

La acción reivindicatoria ha sido receptada en nuestro actual CCyCN en el Libro IV, referido a derechos reales en particular, bajo el título XIII: “Acciones posesorias y acciones reales”.

En función de lo dispuesto en el artículo 2247 del CCyCN, la acción reivindicatoria se presenta como una acción real cuya finalidad es “defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante actos que producen el desapoderamiento” (art. 2248 del CCyCN).

En la primera sección del capítulo 2 se establecen disposiciones generales sobre esta acción y en la sección tercera se regula en detalle, la procedencia, legitimación, prueba y efectos de la sentencia dictada como consecuencia de la interposición de esta acción.

En cuanto a su conceptualización, esta acción defiende la existencia del poder jurídico que se ejerce directamente sobre su objeto, es decir, sobre la totalidad o parte material de una cosa. Este poder jurídico debe ser ejercido en forma autónoma y atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, de acuerdo a lo normado en los artículos 1882 y 1883 del CCyCN.

En función de lo preceptuado en el CCyCN, esta acción “corresponde a los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión contra actos

⁶¹⁰ FOGNINI, A. (2018). “Arts. 2238 a 2276” En CALVO COSTA, C. (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado*. T. IV. Buenos Aires: La Ley, p. 3.

que producen el desapoderamiento de toda cosa –mueble o inmueble–, una parte material o una universalidad de hecho”.⁶¹¹

Esta regulación la examinaremos con mayor detalle, luego de efectuar un desarrollo referido a esta acción en el derecho romano.

III. Origen de la *uindicatio*

III. a) *Etimología*

Etimológicamente la palabra *uindicatio* proviene del término *uis* (fuerza), *uindicare* derivado de *uindicere* que significa “demostrar fuerza”,⁶¹² lo que ha llevado a autores como Ilhering a sostener que esta acción es la muestra de un combate simulado e indica las profundas raíces de la justicia privada.⁶¹³ Ulpiano define esta acción como “la acción de petición de cosas particulares”.⁶¹⁴

III. b) *Las legis acciones*

En el sistema de las *legis acciones*⁶¹⁵ las formalidades respondían a la *legis*

⁶¹¹ IRIARTE, A. y LABEAU, E. (2018). “Arts. 1882 a 1982”. En CALVO COSTA, C. (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado*. T. IV. Buenos Aires: La Ley, p. 8.

⁶¹² GAYO (1997). *Institutas*. Texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro. 5ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 645 y ss.

⁶¹³ VON IHERING, R. (1947). *El Espíritu del Derecho Romano*. Buenos Aires: Revista de Occidente, p. 73.

⁶¹⁴ D. 6. 1. 9.

⁶¹⁵ En este sistema el actor representa una pequeña ficción dramática, tal como la que se lleva a cabo en el escenario de un teatro y cuyo contenido dependerá de la especie de proceso de que se trate: “*legis actio sacramenti*”; “*iudicis postulatio*”; “*manu iniectio*”; etc. Ver CARAMES FERRO, J. (1975). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. 3ª edición. Buenos Aires: Perrot, p. 322.

*actio sacramento in rem*⁶¹⁶ que, como *actio in rem*, se caracterizaba por ser una acción declarativa y abstracta⁶¹⁷ o general como la llamaba Gayo en sus Institutas.⁶¹⁸ Corresponde destacar que esta acción implicaba la declaración de una situación jurídica, pero en esta etapa no podemos hablar de la reivindicación o defensa del derecho de propiedad.

Ambas partes en el proceso se encontraban en un pie de igualdad absoluta donde se llevaba la cosa misma o una parte de ella que la representara ante el magistrado. Allí, las partes cumplían con los ritos y solemnidades, pronunciando las palabras solemnes.⁶¹⁹

En la etapa *in iure*, los litigantes no indicaban el fundamento o causa de su pretensión sino que solo se limitaban a afirmar la existencia de sus respectivos derechos. Realizaban separadamente los mismos gestos y declaraciones por las cuales afirmaban su derecho sobre la cosa, no existiendo una diferenciación clara de parte actora y demandada.⁶²⁰

Por su parte, el pretor, luego de que ambos contendientes digan y hagan lo mismo reclamando su derecho o situación jurídica sobre la cosa, debía

⁶¹⁶ Se trataba de una apuesta (*sacramentum*) de una suma de dinero donde ambos litigantes afirmaban bajo juramento que la cosa les pertenecía. Previamente protagonizaban una lucha fingida en la que el magistrado intervenía separándolos. El vencido pierde la suma de dinero a favor del culto público y su juramento es declarado *iniustum*. PONNSA DE LA VEGA DE MIGUENS, N. y TRINCAVELLI, N. (1971). *Los Derechos Reales en Roma*, Buenos Aires: Lerner, p. 87. En igual sentido ver DELLA COSTA, H. (1996). "El procedimiento formulario. Generalidades – Ubicación histórica." En LOUZAN DE SOLIMANO, N. (comp.). *El Procedimiento Civil Romano: su vigencia en el Derecho Argentino*. Buenos Aires: Ed. de Belgrano, p. 79.

⁶¹⁷ "Se trataba de una acción declarativa y abstracta, el efecto del pronunciamiento estaba representado por una declaración de certeza sobre la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor." ARANGIO RUIZ, V. (1945). *Las acciones en el Derecho Privado Romano*, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, p. 119.

⁶¹⁸ Gayo, IV, 13.

⁶¹⁹ "Las partes tocaban con una festuca, símbolo de la lanza la cosa en litigio y pronunciaban palabras expresando el derecho que reclamaba." ARANGIO RUIZ, V. *op. cit.*

⁶²⁰ ÁLVAREZ, M. y GARCÍA NETTO, I. (1996). "Acciones de la Ley." En LOUZAN DE SOLIMANO, *op. cit.*, p. 51.

decidir quién detentaría su posesión hasta que se dictara sentencia. La parte a favor de quien se pronunciara interinamente debía ofrecer garantías –*praedes litis et uindiciarum*– de que en caso de perder el juicio devolvería la cosa y sus frutos de así corresponder.

Luego, ya en la segunda etapa del procedimiento, etapa *in iudicio*, se designaba un *iudex* ante quien ambas partes hacían las correspondientes exposiciones y producían prueba. Finalmente, el *iudex* debía declarar cuál era el *sacramentum iustum* y cuál el *iniustum*. La sentencia resultaba de fácil cumplimiento si la parte vencedora era quien contaba con la posesión interina de la cosa. Sin embargo, si la situación resultaba inversa y quien era vencedor no detentaba la cosa, solo le quedaba esperar el pago del monto de las garantías y en su defecto la entrega de la cosa reclamada.

III. c) Procedimiento formulario

En la etapa del procedimiento formulario se produce una diferenciación entre actor y demandado.

Una vez establecida la *litis contestatio*, el actor tenía la carga de probar su propiedad⁶²¹ y el demandado se limitaba a negar. Como vemos, la carga probatoria se encontraba en cabeza del actor, quien era el que debía producir prueba.

La dificultad que conllevaba esta tarea probatoria se materializaba en aquellos casos donde el actor no era el propietario originario ya que debía demostrar su propiedad, probando antes que de quien adquirió la cosa la obtuvo de manera originaria. Esta situación hizo que los juristas medievales la llamaran *probatio diabólica*,⁶²² situación injusta que fue morigerada quedando limitada la prueba de la propiedad al plazo correspondiente a la prescripción.⁶²³

En cuanto a la sentencia, algunos autores sostienen que en este periodo

⁶²¹ D. 6. 1. 23.

⁶²² MOJER, M. A. (2002). *El Procedimiento Romano*. Buenos Aires: La Ley, p. 35.

⁶²³ PONNSA DE LA VEGA DE MIGUENS, N. y TRINCAVELLI, N., *op. cit.*, p. 87.

la acción se asemeja a una *actio in personam*, ya que la condena solo se limitaba a exigir el pago de determinada suma de dinero, mas no a la restitución de la cosa objeto del litigio.⁶²⁴ Sin embargo, en función de lo que surge de un pasaje del Digesto, donde Ulpiano afirma que “el pretor dice restituirás [o restablezcas]. Se entiende que restituye [o restablece] el que vuelve las cosas a su anterior estado, lo que puede hacerse quitando lo que se ha hecho o reponiendo lo que se ha quitado...”,⁶²⁵ encontramos autores que han sostenido con base a esta fuente que el juez podía ordenar la restitución de la cosa.⁶²⁶

III. d) Procedimiento extraordinario

Desaparecido ya el procedimiento formulario, esta acción resulta enriquecida en el procedimiento extraordinario y ampliada en cuanto a las posibilidades de procedencia.

El demandado puede ser el poseedor y también podrá ser el tenedor de la cosa,⁶²⁷ presentándose, como requisito esencial, que el demandado tenga la facultad para restituir la cosa objeto de reivindicación.⁶²⁸

La restitución de la cosa, de tener favorable acogida la pretensión del actor, debía incluir los accesorios, frutos⁶²⁹ y daños. Señala Paulo: “Se considera que ‘restituye’ el que restituye lo que habría de tener el actor, si a él no se le hubiese promovido controversia”.⁶³⁰ En esta misma línea, se afirma que se trata de que “el demandante tenga todo lo que habría de haber

⁶²⁴ DELLA COSTA, *op. cit.*, p. 79-80.

⁶²⁵ D. 43. 8. 2. 43. En este pasaje Ulpiano afirma: “El pretor dice restituirás [o restablezcas]. Se entiende que restituye [o restablece] el que vuelve las cosas a su anterior estado, lo que puede hacerse quitando lo que se ha hecho o reponiendo lo que se ha quitado...”

⁶²⁶ MOJER, *op. cit.*, p. 35.

⁶²⁷ C. 3. 19. 1.

⁶²⁸ D. 6. 1. 9.

⁶²⁹ D. 6. 1. 35. 1; D. 6. 1. 62. 1; D. 6. 1. 64; D. 50. 16. 35.

⁶³⁰ D. 50. 16. 75. En esta misma línea encontramos: D. 50. 16. 246. 1.

tenido”.⁶³¹ No obstante ello, resultaba aconsejable contar con la posesión de la cosa al momento de interponer la acción, “porque es mucho más cómodo poseer uno mismo y compeler al adversario a los gravámenes de demandante, que pedir poseyendo otro”.⁶³²

Asimismo, en lo que refiere a los poseedores de buena fe, de acuerdo a Justiniano, solo debían restituir los frutos al momento de la *litis contestatio*, diferenciación que desde ya no tenía lugar para el poseedor de mala fe.⁶³³

En relación a los gastos necesarios incurridos por el poseedor ya sea de buena o mala fe, Justiniano estableció que debían ser resarcidos.⁶³⁴

IV. La acción reivindicatoria: ayer y hoy

Enunciadas parte de las características y evolución que ha tenido la acción reivindicatoria en Roma, corresponde ahora analizar su recepción normativa en la actualidad.

Así vemos que, en el CCyCN, el artículo 2248 ha reconocido que la finalidad de la acción reivindicatoria es “defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión”. Asimismo, según el mentado artículo, esta acción resulta procedente “ante actos que producen el desapoderamiento”.

Conforme surge de la literalidad de la norma, aquí encontramos un claro apartamiento de las características de la acción reivindicatoria romana y de lo normado en el artículo 2758 del Código de Vélez, pues, se elimina la referencia al dominio y no se limita la acción a la protección del derecho de propiedad, sino que se extiende a todos los derechos reales que se ejercen por la posesión.

En este punto, si bien la posición mayoritaria alude a que en Roma esta acción debía ser ejercida por el *dominus ex iure quiritum* en el derecho clásico

⁶³¹ D. 6. 1. 20.

⁶³² D. 6. 1. 24.

⁶³³ I. 2. 1. 35.

⁶³⁴ D. 6. 1. 48.

y el propietario en el derecho postclásico, encontramos que en las Institutas de Justiniano se habla de que “existe una única hipótesis (*unus casus*) en la cual el que tiene en su poder la cosa puede actuar como demandante”.⁶³⁵

Continuando, al igual que el Código derogado “la titularidad del derecho debe existir al tiempo de la demanda y subsistir al tiempo de la sentencia” (art. 2249 del CCyCN).

Asimismo, se observa que, al igual que en Roma, en particular bajo el procedimiento extraordinario, el legitimado pasivo de la acción puede ser tanto quien resulte poseedor como tenedor de la cosa objeto de reivindicación.

En esta línea, casi reproduciendo una constitución imperial, el artículo 2255 del CCyCN establece que “el tenedor de la cosa a nombre de un tercero puede liberarse de los efectos de la acción si individualiza al poseedor. Si no lo individualiza queda alcanzado por los efectos de la acción (...)”.⁶³⁶

En cuanto al objeto de la acción, también encontramos que tanto en Roma como en la actualidad procede la reivindicación de universalidades. El CCyCN, en el art. 2252, nos habla de universalidades de hecho que están conformadas “por un conjunto de cosas a las que se designa con una denominación común (v. gr. biblioteca, rebaño de animales, etcétera)”.⁶³⁷ En relación a ello Pomponio indica que “no solo son reivindicadas las cosas concretas, sino que también puede vindicarse un rebaño”.⁶³⁸

En lo que refiere a la sentencia que ordena la restitución de la cosa, el artículo 2261 del CCyCN remite al Capítulo III, del Título II del libro de Derechos Reales. Allí, entre otras cuestiones se encuentra regulada la adquisición de los frutos y productos, diferenciando al poseedor o tenedor de buena o mala fe (art. 1935 del CCyCN), conforme también lo hiciera Justiniano en sus Institutas (I. 2. 1. 35).

⁶³⁵ ARIAS RAMOS, J. (1958). *Derecho Romano*. T. I. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, p. 256.

⁶³⁶ C. 3. 19. 2.

⁶³⁷ FOGNINI, *op. cit.*, T. IV, p. 8.

⁶³⁸ D. 6. 1. 1. 3.

V. Conclusiones

Como vemos, si bien nuestra actual acción reivindicatoria no se limita a proteger en forma exclusiva al derecho de propiedad, resulta más amplia amparando todos los derechos reales que se ejercen por la posesión. Esto sumado a que en función de la constitucionalización del derecho privado el ejercicio de esta acción debe ser efectuado en el marco del respeto de los derechos humanos y, en particular, los derechos de incidencia colectiva. Parte de las características y condiciones de su ejercicio encuentran su antecedente en la *uindicatio* de cosas muebles e inmuebles, quedando demostrada una vez más la vigencia y actualidad del derecho romano en las instituciones receptadas en el actual CCyCN.

Importancia del *status libertatis* en la Antigüedad romana

Por Grecia Sofía Munive García⁶³⁹

I. Introducción

La libertad, definida como “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una u otra manera, y de no obrar”,⁶⁴⁰ ha sido considerada como un bien y un derecho invaluable en diversas civilizaciones de la humanidad desde el inicio de los tiempos. Es de un valor tan grande que, incluso, ha sido categorizada como un principio general del derecho por diversos doctrinarios, el cual debe ser protegido y salvaguardado. Aunque actualmente es uno de los derechos fundamentales de las personas, contenido en la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1984, en la Antigüedad no era un derecho inherente a todos los seres humanos, sino que era un privilegio con el cual solo contaban algunos miembros de la sociedad.

⁶³⁹ Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

⁶⁴⁰ Concepto de libertad, *Diccionario de la Real Academia Española*: <https://dle.rae.es/libertad> (consultado en marzo de 2021).

De acuerdo con los preceptos de la antigua Roma, los seres humanos se clasificaban en dos clases, es decir, en libres y en esclavos. Para poder ser considerado como una persona dentro de la sociedad romana era necesario ser libre, lo cual se conocía en el ámbito jurídico con la denominación de *status libertatis*, el cual conllevaba que quienes lo poseyeran pudiesen contar con derechos plenos. Solo aquellas personas con este *status* eran capaces de poseer (activa o pasivamente) *status civitatis* y *status familiae*. Por lo anterior, un ser pleno, con todas sus capacidades, era aquel que tenía libertad.

En este trabajo analizaremos la importancia del *status libertatis* en la Antigüedad romana, a partir de las fuentes jurídicas. Asimismo, estudiaremos a quienes se encontraban en la contraparte de aquellos que poseían este *status*, es decir, a las personas sometidas a la institución de la esclavitud. Finalmente, analizaremos *lato sensu* la evolución de ambas instituciones.

Cabe mencionar que, para llevar a cabo nuestro estudio, hemos tomado como fuente principal el Digesto o *Pandectas* (*Digesta sive Pandectae*), el cual constituye una de las partes del *Corpus Iuris Civilis* que el emperador Justiniano legó a la posteridad.

II. División de las personas en la antigua Roma

Roma, al igual que muchas culturas de la Antigüedad, fue una civilización estamentaria, que solía hacer subdivisiones entre los miembros de la sociedad de acuerdo con sus características particulares, lo cual lo podemos constatar a través de las obras legadas a la posteridad por grandes rétores y abogados como Cicerón y Quintiliano.⁶⁴¹

⁶⁴¹ Ambos rétores y abogados nos permiten vislumbrar la estratificación de la sociedad romana a través de la exposición de atributos de las personas que mencionan en sus obras. De acuerdo con Cicerón, los atributos eran los siguientes: el nombre, la naturaleza, la clase de vida, la condición, la manera de ser, los sentimientos, la afición, la intención, la conducta, los accidentes y las palabras. CICERON, *De inv.*, I, 34; De acuerdo con la *Institutio oratoria* de Quintiliano los atributos eran: la familia o linaje, el pueblo, la patria, el sexo, la edad, la educación y disciplina,

Con base en los textos de los juristas de la época clásica y postclásica del derecho romano que se han conservado gracias a la compilación justiniana, sabemos que la sociedad de la antigua Roma dividía a las personas en dos grandes estratos. De acuerdo con el jurista Gayo en el Digesto 1, 5, 3,⁶⁴² los seres humanos se clasificaban en libres y esclavos. La pertenencia a uno de estos dos grandes estratos de la clasificación no era inmutable, ya que posteriormente veremos que existía la posibilidad de modificar el *status* de una persona de acuerdo con determinados supuestos contemplados en la legislación.

La esclavitud en Roma fue una institución de suma importancia, porque gran parte de su economía se sustentaba en la producción de la población constituida por esclavos. Por lo anterior es que es posible encontrar diversas referencias a esta institución en algunas secciones del Digesto.

Cabe mencionar que las personas que se encontraban dentro de la institución de la esclavitud siempre estuvieron en gran desventaja, comparadas con aquellas que eran libres. Este tipo de desventajas las podemos vislumbrar, por ejemplo, en la aplicación de las penas contenidas en el D. 48, 19, donde encontramos que las penas aplicadas a las personas sometidas a la esclavitud eran más crueles que aquellas implementadas a las personas libres. Lo anterior lo podemos constatar a través de nuestra traducción del D. 48, 19, 28, 16, en donde se dice que “Nuestros mayores castigaron en todo suplicio con más severidad a los esclavos que a los hombres libres”;⁶⁴³ otro ejemplo se encuentra en el D. 48, 19, 10, en donde se establece lo siguiente:

(...) por las mismas causas que un hombre libre es condenado al apaleamiento, un esclavo es condenado a los azotes con un látigo y se ordena que sea devuelto a su

el aspecto físico, la fortuna, la condición social, el carácter, las profesiones y estudios, lo que cada uno quiere aparentar, los hechos y palabras del pasado, y, la etimología del nombre de la persona. QUINTILIANO, *Inst*, V, 10, 24-30.

⁶⁴² “*Summa itaque de iure personarum divisio hace est: quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*” (y así, la principal división de las personas en el derecho es esta: que todos los hombres son libres o esclavos), D. 1, 5, 3.

⁶⁴³ “*Maiores nostri in omni supplicio severius servos quam liberos*”, D. 48, 19, 28, 16.

amo; y, por lo mismo que un libre apaleado es condenado a obras públicas, se ordena que el esclavo, bajo pena de prisión por igual espacio de tiempo, sea devuelto, azotado, a su amo. Si el que ordenó que, bajo pena de prisión, fuese regresado a su amo, no se recibiera por él, se ordena que se ponga en venta, y si no llegara entretanto un comprador, que sea entregado a las obras públicas perpetuamente.⁶⁴⁴

III. Libertad en la Antigüedad romana

De acuerdo con los textos jurídicos de la antigua Roma, una persona libre era aquella que contaba con *status libertatis*, el cual era la cualidad de ser libre y de tener capacidad jurídica, desde el nacimiento o después del acto conocido como manumisión. Las personas nacidas libres eran denominadas como ingenuos (*ingenui*), y las personas que no habían nacido en libertad sino que habían adquirido este *status a posteriori*, eran denominadas como libertinas (*liberti o libertini*).⁶⁴⁵ La libertad, de acuerdo con el gran orador Cicerón, es la capacidad de poder vivir como se desee.⁶⁴⁶ En un fragmento del Digesto, perteneciente al jurista Florentino, se dice que “la libertad es aquella cualidad natural de hacer lo que uno quiera, a menos que algo esté prohibido por la fuerza o la ley”.⁶⁴⁷ Esta concepción de la libertad en el ámbito jurídico fue de gran importancia, lo cual lo podemos corroborar cuando encontramos que esta definición fue literalmente

⁶⁴⁴ “*Et ex quibus causis liber fustibus caeditur, ex his servus flagellis caedi et domino reddi iubetur: et ex quibus liber fustibus caesus in opus publicum datur, ex his servus, sub poena vinculorum ad eius temporis spatium, flagellis caesus domino reddi iubetur. si sub poena vinculorum domino reddi iussus non recipiatur, venumdari et, si emptorem non intervenerit, in opus publicum et quidem perpetuum tradi iubetur*”, D. 48, 19, 10.

⁶⁴⁵ D. 1, 5, 5, pr.

⁶⁴⁶ CICERÓN, *Parad.* 5, 1, 34. 16.

⁶⁴⁷ “*Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nini si quid vi, aut iure prohibetur*”, D. 1, 5, 4 pr.

repetida por Justiniano en otra de las partes constitutivas de su magna compilación, es decir en las *Institutas*.⁶⁴⁸

III. a) Importancia y efectos del status libertatis

La libertad es una de las facultades más valiosas que una persona puede tener. A diferencia de la época contemporánea en donde es un hecho inherente a la existencia del ser, en la Antigüedad era un privilegio con el cual contaba solo una parte de la población. Una referencia a la importancia de la libertad se encuentra en el último libro del Digesto, donde dice el jurista Paulo que “la libertad es inestimable”,⁶⁴⁹ con lo cual podemos vislumbrar la alta consideración en la que se tenía.

El privilegio de ser libre, conocido como *status libertatis*, conllevaba que quien lo poseía contara con derechos plenos. Solo aquellas personas que contaban con este *status*, eran capaces de poseer (activa o pasivamente) *status civitatis* y *status familiae*. Por lo anterior, el hecho de perder el *status libertatis* implicaba la pérdida inminente del *status civitatis* y del *status familiae*. Cabe mencionar que la pérdida de cualquiera de los tres *status* era conocida como *capitis deminutio*, la cual era un “hecho que determina que un hombre libre pierda la condición de miembro en la asociación a que pertenece”.⁶⁵⁰ La *capitis deminutio* más grave que una persona podía sufrir era la máxima, que implicaba la pérdida de la libertad.

El *status civitatis* conllevaba el reconocimiento de los derechos como ciudadano de una persona.⁶⁵¹ Era una condición necesaria junto con el *status libertatis* para gozar de personalidad jurídica. De acuerdo con este *status*, las personas se clasificaban en ciudadanos (*cives*) y extranjeros (*peregrini*).

⁶⁴⁸ *Ins.* 1, 3, 1.

⁶⁴⁹ “*Libertas inaestimabilis res est*”; D. 50, 17, 106.

⁶⁵⁰ KASER, M. (1982). *Derecho Romano Privado*. 2ª edición. Traducción de la 5ª ed. alemana por José Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Reus, p. 70.

⁶⁵¹ BERGER, A. (1953). “*Voce status civitatis*”. En *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The American Philosophical Society, p. 715.

La pérdida de este *status* daba lugar a la *capitis deminutio media*.

El *status familiae* representaba la conexión legal con otras personas, creando vínculos de familia válidos para llevar a cabo actos con efectos jurídicos como el matrimonio. Este vínculo familiar solo estaba permitido a las personas que contaban con *status libertatis* y con *status civitatis*. De acuerdo con este *status* se diferenciaba al *pater familias*, quien era el “cabeza de familia”, y a las personas sometidas a su autoridad sobre las que ejercía un gran poder, llegando a ostentar incluso el *ius vitae necisque*. La pérdida o modificación de este *status* se denominaba *capitis deminutio minima*,⁶⁵² la cual podía ocurrir por la “pérdida de la posición familiar por adopción de un hijo de familia, o *conventio in manum* de una hija, además por adrogación, por entrar bajo la *manus mariti* una mujer *sui iuris* y también, recíprocamente, por emancipación...”⁶⁵³

Para la sociedad de la antigüedad romana, una persona plena, con todas sus capacidades, era aquella que contaba con los tres *status* (*status libertatis*, *status civitatis* y *status familiae*).

IV. Esclavitud en la Antigüedad romana

La esclavitud fue una institución de gran valor en las culturas de la Antigüedad debido a que gran parte de su producción económica provenía del estrato inferior de la sociedad, representado por las personas que estaban sometidas a esta institución. Lo anterior provocó que la esclavitud no fuera considerada como algo negativo dentro de las primeras civilizaciones, hasta el extremo de llegar a ser justificada por grandes filósofos como Aristóteles, quien la consideraba como algo necesario para el correcto funcionamiento de la sociedad en su obra titulada *La política*.⁶⁵⁴

⁶⁵² GUTIÉRREZ- ALVIZ, A. F. (1982). “Voce *status familiaris*”. En *Diccionario de Derecho Romano*. 3ª edición. Madrid: Reus, p. 646.

⁶⁵³ KASER, *op. cit.*, p. 70.

⁶⁵⁴ ARISTÓTELES, *Pol.*, IV, 11, 2-3.

La esclavitud en el mundo romano fue una institución en la que se presentaron variaciones a lo largo del tiempo. A través de las fuentes jurídicas, podemos vislumbrar que Roma en sus albores comenzó como un pequeño “pueblo de labradores, rodeado de otros Estados, sobre los cuales... consiguió una indiscutible hegemonía”.⁶⁵⁵ Debido a sus comienzos como una sociedad constituida por una escasa población establecida en torno a una situación rural, bastaba con los pocos esclavos provenientes de los prisioneros de guerra de los pueblos del territorio itálico que habían sido conquistados por los romanos. A estos pocos esclavos se les proporcionaban buenos tratos y se cuidaba de su bienestar, porque su fuerza de trabajo era considerada como necesaria. La situación cambió drásticamente con la expansión territorial romana, la cual propició que el número de esclavos aumentara exponencialmente gracias a los prisioneros de guerra. En esta época, al incrementarse el número de esclavos, comenzó a empeorar el trato que se les proporcionaba y se produjo un distanciamiento entre muchos de ellos y sus dueños, lo cual propició que se les comenzara a tratar como una especie de instrumentos en vez de como seres humanos. Cabe mencionar que esta situación no fue generalizada ya que, en casos excepcionales, existieron personas sometidas a la esclavitud que lograron gran fama y prestigio, como algunos esclavos de origen griego que fungieron como intelectuales y como preceptores. Posteriormente, ya en la época imperial, con el advenimiento del cristianismo la institución decayó, aunque nunca fue erradicada totalmente del Estado romano.

De acuerdo con la definición contenida en el Digesto de Justiniano, la esclavitud era “una constitución del derecho de gentes, por la cual alguien está sujeto contra su naturaleza al dominio ajeno”.⁶⁵⁶ Una persona esclava, la cual era designada en latín como *servus-i* (para el hombre), *ancilla-ae* (para la mujer), o simplemente con el término de *homo-hominis*⁶⁵⁷ para

⁶⁵⁵ KASER, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁵⁶ “*Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur*”. D. 1, 5, 4, 1.

⁶⁵⁷ El sustantivo *homo-hominis* normalmente significa “hombre” en los textos literarios; sin embargo, en los textos jurídicos también suele tener la acepción de “esclavo”.

ambos sexos, era un ser humano, considerado jurídicamente como una cosa (*res*), sin ninguna personalidad jurídica, aunque simultáneamente se reconocía su humanidad. El aspecto de ser clasificado como una *res* lo podemos constatar mediante el hecho de que ellos eran propiedad de alguien más. El reconocimiento de su humanidad puede ser corroborado a través de diversos textos jurídicos en los cuales se abordaba el tema de la intervención de los esclavos en representación de sus amos en algunos negocios. Este aspecto humano también puede ser vislumbrado al analizar las medidas que el Estado romano tomó para evitar que fueran maltratados; al respecto, el estudioso Max Kaser dice lo siguiente: “durante la república, el censor castiga los abusos del poder de los dueños de esclavos. Bajo el principado, partiendo de medidas aisladas, se otorga al *servus* protección. Se castiga la muerte causada al *servus*; Constantino (C. Th. 9, 12, 1 C. 9,14, 1) la castiga como homicidio (con excepciones)”.⁶⁵⁸ Otros aspectos que permiten constatar la consideración de la humanidad de las personas sometidas a la esclavitud radican en el hecho de que ellas podían participar en algunos aspectos de índole religiosa, en la facultad que tenían para prestar juramento⁶⁵⁹ y en las limitaciones que, a través de instrumentos como senadoconsultos o rescriptos, se imponían a los dueños para evitar las vejaciones y los tratos inhumanos.⁶⁶⁰

Los esclavos pertenecían a sus amos (*domini*) como *res mancipi*, y, por lo tanto, la transferencia de la propiedad de éstos debía realizarse a través de un acto conocido como *mancipatio*. Todo lo que las personas pertenecientes a esta institución adquirían, en realidad pertenecía a la persona que fungía como su amo. Sin embargo, desde el punto de vista del derecho privado romano, las personas sometidas a la esclavitud podían ser consideradas como *alieni iuris*, bajo la potestad del *dominus*, que contaban con capacidad patrimonial. Lo anterior se puede corroborar con el hecho de la administración del peculio por parte de los esclavos.

⁶⁵⁸ KASER, *op. cit.*, p. 76.

⁶⁵⁹ *Ídem*.

⁶⁶⁰ D'ORS, A. (2006). *Derecho Privado Romano*, 7ª edición. Universidad de Navarra: Pamplona, p. 272 y ss.

Otro aspecto en el que se encontraban desfavorecidas las personas esclavas era en el ámbito del derecho familiar, ya que, en un principio, no podían formar un vínculo que fuese considerado como una familia. Ni siquiera la unión entre ellos se clasificaba como un matrimonio, sino como contubernio (*contubernium*), el cual era un hecho sin efectos jurídicos. Solo posteriormente se comenzó a tomar en cuenta el lazo de sangre creado a través de una unión servil (*cognatio servilis*) como un impedimento para llevar a cabo un matrimonio entre personas relacionadas de esa manera, después de su manumisión.

IV. a) Causas de la esclavitud

Uno de los motivos principales por los cuales una persona podía estar sometida a la esclavitud era por el hecho de nacer de una madre que se encontrara en esa condición al dar a luz, ya que, de acuerdo con el derecho romano, el hijo de una madre esclava se convertía en propiedad del amo de ella. A pesar de lo anterior, en el Digesto de Justiniano existen algunas consideraciones en función de no someter a la esclavitud al nuevo ser. Para ejemplificar lo anterior, hemos decidido recurrir a un fragmento del jurista Marciano en el cual se dice lo siguiente: “Son ingenuos quienes nacieron de madre libre, porque es suficiente que haya sido libre al tiempo en que nace, aunque hubiera concebido siendo esclava; y, al contrario, si hubiera concebido libre y después pariera, siendo esclava, se determinó conveniente que quien nace, nazca libre”.⁶⁶¹

Otras causas de la esclavitud eran las siguientes: por ser tomado como prisionero de guerra; por pertenecer a un país que no se aliara con Roma mediante un tratado de amistad; por la *venditio trans Tiberim*, esto es, la venta de una persona libre más allá del Tíber, el cual desde los primeros tiempos hasta el año 400 a. C. de la civilización se consideró como el límite

⁶⁶¹ “*Ingenui sunt qui ex matre libera nati sunt; sufficit enim liberam fuisse eo tempore, quo nascitur, licet ancilla concepit; et e contrario si libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum, qui nascitur, liberum nasci...*” D. 1, 5, 5, 2-3.

geográfico de la Urbe; por ser un liberto ingrato (*ingratus libertus*),⁶⁶² el cual, a pesar de haber obtenido previamente la libertad, volvía a la condición de esclavitud en caso de no haber mostrado el debido respeto a su antiguo amo. Por último, en caso de que se descubriera la venta fraudulenta de una persona libre, ésta se convertía en esclava por haber otorgado su consentimiento para la realización de una transacción tan vil.

El derecho penal romano establecía otra causa de esclavitud en el D. 48, 19, titulado *De Poenis*, de acuerdo con la cual el hecho hacerse acreedor a una pena capital, como a la pena de ser arrojado a las fieras, o a trabajos forzados, como a la pena de minas, convertía a la persona en un *servus poenae*.⁶⁶³ Sin embargo, la diferencia entre este tipo de esclavitud y los anteriores radicaba en que en este último caso la persona se volvía esclava de la pena (o de quien ejecutara la pena, quien usualmente era el Estado) y no de una persona en particular.⁶⁶⁴

IV. b) Obtención de la libertad

La condición de esclavitud de una persona podía ser modificada, ya que, de acuerdo con la legislación romana, existían algunos casos en los cuales era posible la obtención de la libertad. El fin de la esclavitud podía suceder

⁶⁶² "Imperatoris Commodi Constitutio talis profertur, quum probatum sit, contumelis patronos a libertis esse violatos, vel illata manu atroci esse pulsatos, aut etiam paupertate vel corporis valetudine laborantes relictos, primum eos in potestatem patronorum redigi, et ministerium dominis praebere cogi; sin autem nec hoc modo admoneatur, vel praeside emtori addicentur, et pretium patronis tribuetur" (Una constitución del emperador Cómodo dice que si se hubiera probado que los patronos fueron injuriados por sus libertos, o golpeados gravemente, o también abandonados padeciendo por su pobreza o por la salud de su cuerpo, son, en primer lugar, reducidos a la potestad de los patronos y obligados a dar sus servicios a sus amos; pero, si ni así se corrigieran, serán adjudicados por el gobernador de la provincia a un comprador y se dará su precio a los patronos). D. 25, 3, 6, 1.

⁶⁶³ D. 48, 19, 8, 13.

⁶⁶⁴ MOMMSEN, T. (1999). *Derecho Penal Romano*. Pamplona: Anacleto, p. 585.

por la concesión de la libertad por parte del Estado romano, otorgada como premio ante los servicios prestados por quien estaba sometido a la esclavitud. También podía finalizar esta institución a través de una usucapión o prescripción adquisitiva de libertad (*longi temporis praescriptio*). Y, finalmente, se podía otorgar la libertad mediante la manumisión.⁶⁶⁵

La manumisión era un acto jurídico mediante el cual un *dominus*, renunciando a los derechos que tenía sobre sus esclavos, les otorgaba la libertad. Las personas manumitidas modificaban su condición de esclavos a la de libertos (*liberti* o *libertini*) y sus antiguos amos se convertían en *patroni*, dando paso a la conformación de una nueva institución denominada como patronato (*patronatus*), que implicaba un deber moral por parte de los libertos, quienes debían reverencia (*obsequium*) a sus patronos, lo cual se veía reflejado en cuestiones hereditarias (en caso de que el liberto muriese sin descendencia), y, a cambio, el patrono tenía la obligación de protegerlo.⁶⁶⁶ Para garantizar la prestación de servicios por parte del esclavo a su amo después de la obtención de la libertad, se llevaba a cabo un juramento (*iusiurandum liberti*) antes de la manumisión, el cual debía ser repetido después de ésta para oficializar el acto. La importancia del compromiso desencadenado por el patronato la podemos constatar mediante un texto del Digesto donde se establece lo siguiente: “Si el patrono no presta alimentos al liberto que se los pide, será castigado con la pérdida de las obligaciones que le impuso por causa de la libertad y con la de la herencia del liberto...”⁶⁶⁷ Cabe mencionar que el derecho del patronato era extensivo para todos los descendientes del liberto, quienes debían continuar salvaguardado el bienestar de la persona que había otorgado la libertad a su ancestro.

Los antiguos esclavos convertidos en libertos a través de la manumisión, a pesar de haber obtenido la libertad y la ciudadanía y de contar con capacidad jurídica, no podían equiparar su condición a la de los *ingenui*, es

⁶⁶⁵ KASER, *op. cit.*, p. 79.

⁶⁶⁶ D'ORS, *op. cit.*, p. 278.

⁶⁶⁷ “Alimenta liberto petente, non prestando patronus amissione libertatis causa impositorum et hereditatis liberti punietur”. D. 25, 3, 6, pr.

decir, a quienes eran libres por nacimiento. En un ámbito en el que podemos constatar esta desigualdad es en la política, ya que los *liberti* estaban privados de derechos políticos.⁶⁶⁸

A pesar de que tenemos conocimiento de la existencia de la institución de la manumisión desde los inicios de la civilización romana, ésta adquirió mayor auge a partir de fines del siglo segundo y principios del tercero con el advenimiento del cristianismo, ya que la nueva religión tenía como uno de sus principios fundamentales considerar que todos los seres humanos nacen libres por igual. A pesar de la fuerza con la que permearon las nuevas ideas de esta religión en el Estado, éstas no lograron erradicar la esclavitud, aunque es innegable su aportación con respecto a la humanización del trato que se proporcionaba a los esclavos y su contribución al aumento de la implementación de la manumisión de las personas sometidas a la esclavitud.⁶⁶⁹

Las primeras manumisiones reconocidas por el derecho civil fueron la *manumissio vindicta*, *manumissio censu*, *manumissio testamento*, y, posteriormente, se unió a ellas la *manumissio in ecclesia*. Asimismo, existieron otras formas menos solemnes que fueron reconocidas por el derecho pretorio,⁶⁷⁰ aunque estas formas de manumisión (que implicaban formas de celebración menos solemnes que las anteriores) solo lograban otorgar la

⁶⁶⁸ KASER, *op. cit.*, p. 82.

⁶⁶⁹ D'ORS, *op. cit.*, p. 276.

⁶⁷⁰ "El pretor otorgaba protección como libres a los manumitidos de forma menos solemne (*inter amicos, per epistulam*), pues, de hecho, la solemnidad de la vindicta tendió a simplificarse en la época clásica, y a fines del siglo III (Hermog. D. 40, 2, 23) se podía prescindir ya de los *sollemnia verba*, así como de la presencia del magistrado, al que suplían unos subalternos del mismo (*lictores*). A comienzos de la época posclásica se recibió del derecho helenístico la *manumissio per mensam*, que Justiniano eliminó, en Oriente, en tanto en Occidente se confunde con la modalidad *inter amicos* (*Lex Rom. Burgundionum* 44, 3). Con frecuencia, en la época imperial la libertad no se concede directamente sino encomendándola a alguien por disposición mortis causa (*libertas fideicommissaria*) (...) o por una mancipación fiduciaria..." D'ORS, *op. cit.*, p. 277.

libertad *de iure*, no *de facto*.⁶⁷¹ A continuación, procederemos a explicar brevemente en qué consistían las manumisiones solemnes reconocidas por el derecho civil de la Antigüedad romana.

La *manumissio vindicta* era la forma común de manumitir solemnemente a una persona, a través de las reglas de la *in iure cessio*. Para llevarse a cabo, tanto el amo como el esclavo se ponían de acuerdo para asistir con un tercero, denominado *adsertor libertatis*, en presencia del magistrado *in iure* (cónsul, pretor o gobernador). En este acto, el *adsertor* proclamaba la libertad del esclavo, mientras lo tocaba con la vindicta o festuca, permaneciendo en silencio el *dominus* como símbolo de su consentimiento de dar la libertad al esclavo.⁶⁷²

La *manumissio censu* era una forma solemne de otorgar la libertad y la ciudadanía a un esclavo mediante la solicitud realizada por el dueño para que éste fuese inscrito como ciudadano en el censo. Esta forma de manumisión se extinguió en la época del principado de Augusto al desaparecer el censo.⁶⁷³

La *manumissio in testamento* era una manera solemne y civil de conceder la libertad a un esclavo mediante la voluntad expresada en el testamento de su amo. Mediante este tipo de manumisión, al igual que en la *manumissio in censu*, no solo se otorgaba la libertad a la persona, sino también la ciudadanía.⁶⁷⁴ Cabe mencionar que esta forma de manumisión, cuando se llevaba a cabo de manera indirecta, se denominaba como *manumissio fideicomisaria*.

La *manumissio in ecclesia* fue una de las últimas formas solemnes de manumisión que aparecieron en la civilización romana, ya que tenemos noticia de ella hasta la época del emperador Constantino (272-337), cuando el cristianismo tomó gran importancia dentro del Estado romano, después de la celebración del Edicto de Milán del 313 d. C. Este acto se llevaba a cabo por parte del amo del esclavo ante autoridades eclesiásticas, como el obispo, y el pueblo reunido como testigo.

⁶⁷¹ KASER, *op. cit.*, cit., 81.

⁶⁷² GUTIÉRREZ-ALVIZ, *op. cit.*, p. 458.

⁶⁷³ KASER, *op. cit.*, p. 80.

⁶⁷⁴ GUTIÉRREZ-ALVIZ, *op. cit.*, p. 458.

V. Abolición de la esclavitud

Debido a la importancia y utilidad que tuvo la esclavitud en la antigua Roma, ésta nunca se consideró como un aspecto negativo y, por lo tanto, jamás se erradicó de la sociedad. Ni siquiera el advenimiento del cristianismo entre los siglos II y III pudo lograr la abolición de la institución, aunque promovió grandes avances en función de los seres humanos sometidos a la esclavitud, al extender sus preceptos de acuerdo con los cuales todas las personas son libres por naturaleza, desencadenando que el trato hacia los esclavos fuera más benevolente. La esclavitud perviviría hasta la caída del Imperio romano de Occidente en el año 476 y continuaría en el de Oriente, el cual sobrevivió un largo tiempo bajo la configuración del Imperio bizantino.

Durante la época medieval, que abarcó desde el año 476 hasta 1492, la institución se redujo de manera considerable, siendo sustituida por la servidumbre, en la cual las personas ya eran libres (o semilibres), aunque tenían una libertad muy limitada, ya que se encontraban indisolublemente atados al señor feudal y a la tierra a la que pertenecían. Creemos que esta institución del Medioevo, aunque daba la apariencia de ser más benigna que la esclavitud, en realidad era muy similar, ya que la “libertad” de las personas sometidas a ella no era plena, pues en realidad se encontraban sometidas y concatenadas a través de mecanismos socioeconómicos que los constreñían a sus tierras, convirtiéndolos en *servi glebae*.

A finales del siglo XV la esclavitud en Europa ya era muy reducida, debido a que la mayoría de la población esclava fue trasladada a los nuevos territorios conquistados por las potencias de ese continente.⁶⁷⁵

Fue necesario que transcurriera un largo período de tiempo para lograr la abolición de la esclavitud, la cual aconteció hasta la época contemporánea mediante la aprobación del Convenio para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación Ajena, firmado por la Asamblea General de

⁶⁷⁵ La esclavitud en la Edad Media: <https://edadmedia476.weebly.com/7-esclavitud-en-la-edad-media.html#:~:text=A%20finales%20del%20siglo%20XV,continente%20por%20las%20potencias%20europeas>. (Consultado en marzo de 2021).

Naciones Unidas el 2 de diciembre de 1949. Asimismo, consideramos importante resaltar la importancia de otro de los instrumentos internacionales en función de la abolición de la esclavitud y de la preservación de la libertad de las personas, es decir, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1984, la cual trata de los artículos 1º al 4º⁶⁷⁶ el tema de la abolición de la esclavitud y del cuidado y la preservación de la libertad todos los seres humanos.

A pesar de los esfuerzos que se han realizado a nivel nacional e internacional en función de la abolición y erradicación definitiva de la esclavitud, aún existen personas que viven en situaciones muy similares a esa condición, la cual, aunque se encuentra prohibida *de iure*, continúa existiendo en algunas sociedades *de facto*. Lo anterior nos lleva a reflexionar seriamente en el hecho de que si realmente se pretende considerar la libertad como derecho fundamental y como principio general del derecho es necesario seguir trabajando en función de su garantía y protección.

⁶⁷⁶ Artículo 1. “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”; Artículo 2. “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”; Artículo 3. “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; Artículo 4. “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”. Declaración Universal de Derechos Humanos, Naciones Unidas: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (Consultado en marzo de 2021).

VI. Conclusiones

A través de este trabajo hemos pretendido mostrar, *lato sensu*, el gran valor del *status libertatis* dentro de la sociedad romana, en la cual solo quienes contaban con éste eran capaces de tener una personalidad jurídica plena. Resulta interesante el hecho de que en la actualidad la libertad sea un derecho fundamental que poseen todas las personas por el simple hecho de existir, a pesar de que en otras épocas resultaba ser un privilegio que solo algunos ostentaban.

En nuestra investigación también analizamos cómo después del transcurso de un largo periodo de tiempo, ya en la época contemporánea, fue posible lograr la abolición de la esclavitud (al menos *de iure*) y garantizar la libertad de todos los seres humanos en legislaciones y ordenamientos de carácter nacional e internacional.

Vislumbrar el gran valor de este derecho desde la Antigüedad romana nos permite comprender por qué la libertad se ha llegado a considerar como un principio general del derecho y como un derecho fundamental, que aunque se encuentra garantizado a través de diversas legislaciones e instrumentos nacionales e internacionales, aún no es una realidad para todas las personas, por lo cual es necesario tomar acciones en función de su implementación en el plano fáctico para toda la humanidad.

Tratamiento de los adultos mayores en el derecho actual: un caso judicial en tiempos de pandemia. Semblanza con la vejez en Roma⁶⁷⁷

Por Julieta Salomé Rodríguez⁶⁷⁸

I. Planteo del caso

El objetivo del presente trabajo es que, a partir del análisis de un fallo actual relacionado con las restricciones que se quisieron imponer a los adultos mayores en el contexto de la pandemia por el COVID-19, podamos conocer cuáles son las normas que en la actualidad protegen a este sector de la población y comparar su situación con el tratamiento que éstos tenían en la antigua Roma.

Como es de público conocimiento, en el mes de marzo de 2020, a través del Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020, el Poder Ejecutivo nacional estableció un aislamiento social preventivo y obligatorio, con vigencia a

⁶⁷⁷ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Una mirada romanista a la parte general del Código Civil y Comercial de la Nación”, que se desarrolla en UFLO Universidad bajo la dirección de la Dra. Mirta Beatriz Álvarez.

⁶⁷⁸ Becaria estudiante del proyecto.

partir del 20 de marzo de 2020, luego de que la Organización Mundial de la Salud (OMS) declarara el estado de pandemia por el COVID- 19.

En ese decreto se prohibía a los ciudadanos y a toda persona que estuviera en el territorio argentino concurrir a sus trabajos y desplazarse por rutas, vías y espacios públicos. Excepcionalmente se permitían los desplazamientos mínimos e indispensables con el fin de proveerse de alimentos, artículos de limpieza y medicamentos.

En ese contexto, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó la Resolución Conjunta 16/MJGGC/20 el día 19 de abril de 2020. En su artículo 2° estableció que a los fines de poder identificar aquellas salidas de las personas mayores de 70 años que pudieran ser resueltas por parte del Estado en colaboración con la ciudadanía, y así evitar la necesidad de que la persona mayor saliera a la vía pública, dichas personas deberían comunicarse previamente con el servicio de atención ciudadana al número 147 para solicitar autorización. Asimismo, el artículo 3° de dicha resolución preveía que la vigencia de la autorización otorgada al realizar esa comunicación sería de 48 horas.

El dictado de esta norma generó un controvertido debate en la población, especialmente en el grupo de las personas mayores de 70 años, que eran las afectadas exclusivamente por la medida del Poder Ejecutivo local.

Tal es así que al día siguiente de su dictado el Sr. Silvano Lanzieri requirió la habilitación de la feria judicial extraordinaria –decretada en razón de la pandemia–, a los fines de iniciar una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires tendiente a declarar la inconstitucionalidad de la Resolución Conjunta 16/MJGGC/2020.

La habilitación le fue concedida y se estableció, además, la difusión pública del caso, a los fines de oír a aquellos interesados en la cuestión debatida y poder así dictar una resolución útil y en tiempo.

En respuesta a la difusión del caso, pese a su breve duración horaria, se recibieron presentaciones particulares que adherían al pedido del Sr. Lanzieri, un escrito del Sr. Asesor Tutelar en turno (a modo de colaboración con el tribunal), otro del Sr. Defensor de Primera Instancia en turno, y la contestación del traslado de la medida cautelar de parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Finalmente, el juez Lisandro Ezequiel Fastman, a cargo del Juzgado de

Primera Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N° 14 de la Ciudad de Buenos Aires, resolvió hacer lugar parcialmente a la acción interpuesta y decretó la inconstitucionalidad de los artículos 2° y 3° de la resolución cuestionada.⁶⁷⁹

En su decisión, el magistrado consideró que

la imposición a todo adulto mayor de 70 años de edad de la necesidad de comunicarse con el servicio de atención ciudadana al número 147, previamente a hacer uso de la posibilidad de realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos, tal como lo prevé el DNU 297/2020, resulta una exigencia más gravosa para ese colectivo de personas, que para el resto de la población, que extralimita los contornos de las medidas de aislamiento del conjunto de los habitantes. (...) Desde esta perspectiva, la medida importa una discriminación en razón de la edad, que vulnera los derechos y garantías del grupo etario al cual se encuentra destinada, al imponer una exigencia mayor y distintiva del resto de la población.

Para el juez, la medida “disminuye la autonomía personal y la capacidad de decisión solo en función de la edad”, lo cual constituye una discriminación por caracterizarlos como “categoría sospechosa”. Esto se da cuando el legislador establece distinciones a partir de determinados factores, que tienen el efecto de excluir del legítimo ejercicio de un derecho, a categorías enteras de personas.

Seguidamente el juez fundamenta su decisión en el análisis del bloque conformado por las distintas normas de rango constitucional y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores.

En ese punto hace referencia a una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 8 de marzo de 2018 en el caso “Poblete Vilches

⁶⁷⁹ Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ amparo – otros” – Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 14, el Dial.com, 20/04/2020. Año XXIII - N° 5446 Miércoles 22/04/2020.

y otros vs. Chile”. En la misma, la CIDH sostuvo que, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son permitidos tratos discriminatorios por “motivos de raza, color, sexo, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Estos criterios no conforman un listado taxativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social”. Así, la Corte ha señalado que la edad es también una categoría protegida por esta norma. En este sentido, la prohibición por discriminación relacionada con la edad cuando se trata de las personas mayores se encuentra tutelada por la Convención Americana.

Además, hace mención a la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/2020, dictada el día 9 de abril de 2020 bajo el título “COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”. Allí, el máximo tribunal del continente señaló que: “Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.”

En virtud de los argumentos expuestos por el juez que aquí se resumen, se resolvió declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2° y 3° de la Resolución Conjunta MSJGM N° 16/2020.

Cabe destacar, por último, que esta resolución no fue apelada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, razón por la cual quedó firme.

II. El Derecho de la Vejez

El Derecho de la Vejez o Derecho de la Ancianidad es una nueva especialidad transversal destinada al estudio de la condición jurídica de las personas mayores de 60 años en el derecho interno, regional e internacional. Este derecho se propone también el reconocimiento de las situaciones

de aminoración, vulneración, discriminación, inestabilidad o abusos que puedan padecer estos sujetos, por el solo hecho de ser “viejos”.⁶⁸⁰

El origen del Derecho de la Vejez está vinculado a dos fenómenos que marcan la época en la que vivimos: el envejecimiento global y el multigeneracionismo. Ambos nacen con los cambios demográficos de la segunda mitad del siglo XX y se alimentan del aumento de la esperanza de vida que permite la convivencia simultánea de varias generaciones.

En consecuencia, esta especialidad es un intento de respuesta integral frente a la creciente demanda de fortalecimiento, inclusión y protección de las personas por el hecho de ser longevas y estar situadas en la última etapa de la vida.

El principio de igualdad y no discriminación articula y da sustento normativo y valorativo a la estructura del Derecho de la Vejez que forma parte del proceso de especificación de los derechos humanos.

En la actualidad, esta rama comprende el estudio de cinco cuestiones principales:

1. La discriminación por edad, la vulnerabilidad y la capacidad jurídica de las personas mayores.
2. Los derechos humanos de autonomía referidos a la autodeterminación, la libertad y la propiedad en la vejez.
3. Los derechos humanos de participación vinculados a la familia, la inclusión social y la participación política.
4. Los derechos sociales fundados en las exigencias de la igualdad material de las personas mayores.
5. Los sistemas de protección y garantías en orden de asegurar el acceso a la justicia de este grupo.

Cada uno de esos ejes se vincula con uno de los “Cinco principios a favor de las personas de edad”, documento que fue adoptado por la Asamblea

⁶⁸⁰ DABOVE, M. I. (2016). “Derechos humanos de las personas mayores en la nueva Convención Americana y sus implicancias bioéticas”. En *Revista Latinoamericana de Bioética*, 16(1), p. 38-59.

General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1991. Ellos son:

1. Principio de la Autorrealización
2. Principio de Independencia
3. Principio de Participación
4. Principio de los Cuidados
5. Principio de Dignidad

Simultáneamente, la Organización de los Estados Americanos trabajó en el desarrollo de un instrumento para su región en cuyo marco, el 15 de junio de 2015, se aprobó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Este documento, vinculante para todos los países que lo ratifiquen en su derecho interno, es el primero en su género y constituye un hito dentro del proceso de especificación.

Argentina adhirió muy rápidamente a este nuevo instrumento regional de modo que, como parte del derecho interno, cuenta con jerarquía superior a la ley, habilita a las personas a fundar sus reclamos jurídicos bajo su marco y obliga a todos los operadores y jueces a aplicarla con primacía, incluso respecto del CCyCN.

En el plano fáctico del Derecho de la Vejez argentino existen importantes actores tanto públicos como privados que trabajan en este concepto de ciudadanía en la vejez.

En el contexto de aislamiento social, preventivo y obligatorio por la pandemia del COVID-19, y mediante la Resolución 139/2020⁶⁸¹ del 27/5/2020 (BO del 28/05/2020), la Secretaría de Comercio Interior, dependiente del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación, dispuso que: “A los fines de lo prescripto en el Artículo 1° de la Ley 24.240,⁶⁸² se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales,

⁶⁸¹ Resolución 139/2020 Secretaría de Comercio Interior. Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 28/05/2020.

⁶⁸² Ley de Defensa del Consumidor.

económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores”.

En su artículo 2º, la referida resolución establece cuáles podrán constituir causas de hipervulnerabilidad entre las que se encuentran los reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes, personas pertenecientes al colectivo LGBT+, mayores de 70 años, personas con discapacidad con certificado acreditante, entre otros. Por su parte, establece también dos principios rectores que deberán ser adoptados por los proveedores denunciados en estas causas:

- Lenguaje accesible: toda comunicación deberá utilizar lenguaje claro, coloquial, expresado en sentido llano, conciso, entendible y adecuado a las condiciones de los consumidores.
- Deber reforzado de colaboración: los proveedores deberán desplegar un comportamiento tendiente a garantizar la adecuada y rápida resolución del conflicto prestando para ello toda la colaboración posible.

La doctrina coincide en que la enumeración de la mencionada resolución es de carácter enunciativo ya que, si de las circunstancias especiales un sujeto distinto a los enumerados en la norma ostenta una vulnerabilidad agravada, igualmente será merecedor de una tutela especial.⁶⁸³

En consecuencia, todavía quedan múltiples cuestiones para abordar en nuestro derecho interno.

Como sostienen las Dras. María Cristina Filippi y Laura Matilde Echenique en su artículo “*Senectute, Potestas, Auctoritas...*”,⁶⁸⁴ “No obstante la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, con el que se redescubren instituciones que fortalecen el derecho a la autonomía de las personas, no se

⁶⁸³ CASTELLI, L. y COZZARÍN, L. (2020). “El consumidor hipervulnerable”. En *Marval.com*. Disponible en: <https://www.marval.com/publicacion/el-consumidor-hipervulnerable-13715>.

⁶⁸⁴ FILIPPI, C. y ECHENIQUE, L. (2019). “Senectute, Potestas, Auctoritas...” En *Revista de Derecho Romano*, N° I, Universidad Católica de Córdoba. Disponible en: [http://dx.doi.org/10.22529/rdr.2019\(1\)08](http://dx.doi.org/10.22529/rdr.2019(1)08), p. 143 (Consultado el 15/07/2020).

encuentra en la normativa vigente mecanismos de tutela específicos para la adecuada satisfacción de los derechos de las personas ancianas”.

III. La protección de los adultos mayores en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

Específicamente sobre los derechos y garantías del sector poblacional al que se encuentra dirigida la medida comentada, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por la Ley Nacional N° 27.360 del año 2017, establece que:

Los Estados Parte solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y razón de los mismos. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones (artículo 1).

Se entiende por

Discriminación: Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada; y por **Discriminación por edad en la vejez:** Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada (artículo 2).

Asimismo, se afirma que “queda prohibida por la presente Convención la discriminación por edad en la vejez. Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez...” (artículo 5). Que los Estados Parte “...adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población...” (artículo 6).

También se reconoce el “Derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos (...) En especial, asegurarán: a) El respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos” (artículo 7).

En el artículo 12 se hace referencia al derecho de la persona mayor a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud. Los Estados Parte deberán diseñar medidas de apoyo a las familias y cuidadores teniendo en cuenta la plena participación de la persona mayor y respetando su opinión.

Lo propio ocurre con el derecho de la persona mayor “...a la libertad y seguridad personal, independientemente del ámbito en el que se desenvuelva” (artículo 13).

El artículo 29 establece que, en situaciones de riesgo y emergencias sanitarias, los Estados Parte tomarán todas las medidas específicas que sean necesarias para garantizar la integridad y los derechos de la persona mayor en situaciones de riesgo.

En el artículo 32, por último, los Estados Parte acuerdan:

- (...) b) Fomentar una actitud positiva hacia la vejez y un trato digno, respetuoso y considerado hacia la persona mayor y, sobre la base de una cultura de paz, impulsar acciones de divulgación, promoción de los derechos y empoderamiento de la persona mayor, así como evitar el lenguaje e imágenes estereotipadas sobre la vejez (...)
- e) Promover el reconocimiento de la experiencia, la sabiduría, la productividad y la contribución al desarrollo que la persona mayor brinda a la sociedad en su conjunto.

IV. Los adultos mayores y la pandemia

En el marco del seminario virtual “Igualdad y no discriminación en la Vejez: Latinoamérica y Europa ante los desafíos de la Pandemia”,⁶⁸⁵ llevado a cabo por el Instituto Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 26 de mayo de 2020, la Dra. Isolina Dabove⁶⁸⁶ hizo un análisis de las contradicciones estructurales que, en todo el mundo,

⁶⁸⁵ Webinar internacional “Igualdad y no discriminación en la vejez: Latinoamérica y Europa ante los desafíos de la pandemia,” organizado por el Seminario Permanente de Investigación de Derecho de la Vejez del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

⁶⁸⁶ Abogada recibida en la Universidad Nacional de Rosario (1988). Doctora en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid (1998). Dos veces posdoctorada en Universidad de Valladolid (2009 y 2010). Investigadora Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Lucas Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Sus líneas principales de investigación están referidas a la Filosofía del Derecho y al Derecho de la Vejez. Profesora titular regular de Filosofía del Derecho en Universidad Nacional de Rosario y Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Fundadora y directora del primer Centro de Investigaciones en Derecho de la Vejez en Hispanoamérica en la Universidad Nacional de Rosario (1994). Creó los Institutos de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (2007), Universidad Nacional de Córdoba (2013) y el Seminario Permanente de Investigación de la Universidad de Buenos Aires (2015). Fundadora y catedrática de Derecho de la Vejez en la Universidad Nacional de Rosario (2005), Universidad de Buenos Aires (2012) y Universidad Nacional de Córdoba (2013). Fundadora y directora de la Maestría en Derecho de la Vejez de la Universidad Nacional de Córdoba (2019), declarada de interés por el Honorable Senado de la Nación Argentina. Entre sus obras se destaca *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance* (Buenos Aires, Astrea, 2018), declarado de interés por el Senado de la Nación Argentina. Integró la delegación oficial argentina ante OEA para la elaboración de la Convención Interamericana de Derechos de las Personas Mayores hasta su aprobación. Participa del proceso de elaboración de la Convención Internacional de Derechos de las Personas Mayores (OEWG) por INPEA desde el año 2011. Integra “International Network for the Prevention of Elder Abuse” (INPEA, Canadá, EEUU); Red LARNA del Oxford Institute

pero particularmente en Latinoamérica, han quedado al desnudo por la pandemia y las exigencias de cuidado y asistencia que ha introducido el COVID-19, sobre todo, con relación a la población mayor.

En su disertación, señalaba que estas contradicciones principales que en la pandemia se han observado nos conectan a su vez con los viejismos (discriminación de una persona por el solo hecho de ser vieja) y la exigencia de igualdad y no discriminación.

La primera tiene que ver con un fenómeno demográfico mundial que se ha denominado gerontoglobalización, que hoy es puesto en crisis por el dato objetivo de la mayor cantidad de muertes de, justamente, personas mayores a causa del COVID-19.

No todas las pandemias a lo largo de la historia han motivado la muerte de personas mayores. Hubo otros escenarios pandémicos donde eran los niños o los jóvenes las principales víctimas. Sin embargo, este virus afecta de manera grave a la vejez. Y lo hace curiosamente en un contexto de revolución demográfica, de conquista de la longevidad, dado que la vejez incluso hoy es una etapa muy larga de ser transitada, durando aproximadamente entre 20 y 25 años, considerando el inicio en los 60 años y el promedio de vida entre 80 y 82, siendo las mujeres más longevas que los varones.

Otro núcleo importante de contradicciones que la pandemia devela tiene que ver con la consideración filosófica de la vejez desde una perspectiva activa y saludable, conforme lo sostiene la gerontología actual, el derecho de la vejez y la Convención Interamericana, *versus* la concepción de la vejez como población de riesgo, que es lo que introduce la pandemia en todo el mundo y que en Argentina y en Latinoamérica cobra especial relevancia por las situaciones de vulnerabilidad múltiple que atraviesan nuestros mayores. Éstas pueden provenir del género, de la diversidad cultural, de la pertenencia a alguna comunidad indígena y, por supuesto, de la pobreza que también es endémica en nuestro país.

Otro nudo importante de contradicciones que se presentan y atentan

of Ageing (Oxford University, Inglaterra); International Guardianship Network (IGN, Berlín); International Longevity Centre (ILC) Argentina (EEUU), GAROP (Global Alliance for the Rights of Older Persons).

contra la igualdad y no discriminación es la referencia al principio de inclusión sanitaria preferente reforzada, conforme lo requiere la igualdad y no discriminación, *versus* el criterio implícito que rige en las políticas públicas actuales de exclusión asistencial para este sector de la población. En este sentido, ha habido una polémica mundial respecto a qué política implementar para lograr que los adultos mayores tengan el menor acceso posible a camas y a recursos sanitarios para poder proteger a aquellas personas que tienen mejores condiciones vitales o biológicas de supervivencia.

No menos importante en torno a la igualdad y no discriminación es el principio de la autonomía personal *versus* decisiones intervencionistas que han desfasado esta competencia para tomar decisiones en todos los niveles, en particular de autocuidado en relación a un supuesto criterio de protección hacia las personas mayores, incluso algunos apelando al desarrollo de políticas de acción afirmativa y de discriminación positiva como si el cuidado intervencionista fuera razón suficiente para no tener en cuenta su capacidad jurídica. Dentro de esta contradicción podríamos enmarcar a la Resolución Conjunta 16/MJGGC/20 del GCBA desarrollada en el primer apartado de este trabajo.

La última contradicción estructural, que tiene que ver específicamente con Latinoamérica, es la del desarrollo *versus* la pobreza. La podemos ver en todos nuestros países cuando leemos las tasas de crecimiento de contagios, las tasas de acceso al sistema sanitario de situaciones de extremo cuidado en contextos de procesos terminales, con relación a la escasez de recursos para atender a los cuidados paliativos, incluso en los riesgos que se ven en las ceremonias de acompañamiento en la muerte.

Si bien todos los países se están empobreciendo por la crisis económica, en Latinoamérica esto se ve en mayor grado, sobre todo cada vez que vemos cómo crecen las muertes pero también cómo crecen de manera muy lenta los recuperados, que claramente va asociada con la posibilidad de contar con asistencia sanitaria. Esto es parte de la política pública que no se cumple en todos los niveles en Latinoamérica y que ha puesto en escena la Corte Interamericana con el caso Poblete Vilches, condenando a Chile por la falta de políticas públicas que garanticen el acceso universal a un mínimo de asistencia sanitaria. Esta situación se actualiza con la pandemia.

V. La vejez en Roma⁶⁸⁷

En Roma el propio límite inicial de la vejez es difuso, porque no hay ningún rito simbólico que represente el cambio de etapa, a diferencia de lo que sucede en otras fases de la vida romana, como el paso de la niñez a la adolescencia o de ésta a la adultez.

De los textos no es fácil deducir cuándo los romanos consideraban que la vida llegaba a la fase de vejez, puesto que no existe un límite socialmente convencionalizado para su comienzo.

La percepción de la ancianidad tiene mucho de subjetivo y estaría determinada de múltiples maneras, sobre todo teniendo en cuenta la bajísima esperanza de vida de los romanos, la edad temprana a la que se iniciaban las familias y, por tanto, la convivencia de distintas generaciones que provocaba la estructura familiar en Roma.

Se podría decir que la edad que los romanos consideraban como el principio de esta etapa de la vida se encuentra en una franja que iría de los 45-50 a los 60 años.

Desde los primeros tiempos, los ancianos, a los que se les consideraba como poseedores de un don divino y de una gran sabiduría, detentaron en las estructuras de las civilizaciones primitivas una posición preeminente. En los tiempos más antiguos de la historia de Roma, la importancia de los ancianos era tal que recayó sobre ellos el órgano de gobierno más importante.

Otro dato que permite asociar la edad con el prestigio son las magistraturas romanas. Los cargos públicos se concebían en Roma como una carrera de grados (*cursus honorum*). Hacía falta, según algunos autores, un mínimo de 46 años para ser senador. Lo más interesante de esto no solo es la asociación entre madurez y responsabilidad, sobre todo para los cargos más importantes, sino que no había edad máxima que los impidiera y, de hecho, hay muchos testimonios de cargos públicos ejercidos por hombres ancianos.

⁶⁸⁷ TORREGO SALCEDO, E. (2014). "La Vejez en Roma." En *Las edades del hombre. Las etapas de la vida entre griegos y romanos*. Madrid: Delegación de Madrid de la Sociedad Española de Estudios Clásicos, p. 209 y s; "In Senectute bona, la vejez en época romana". En blog *Domus-Romana*, 5 de abril de 2016 (Consultado el 26/06/2020).

Los emperadores que se mantuvieron largo tiempo en el poder llegaron a ancianos y tuvieron gran consideración, como Augusto y Marco Aurelio, y otros llegaron al gobierno ya en su madurez o ancianidad, como Vespasiano y Pertinax.

El prestigio de la ancianidad en los primeros tiempos de la historia de Roma procedía del poder y la autoridad que ejercían los *patres*, es decir, los padres de familia y que se materializó, desde el punto de vista político, en la institución del Senado: la *Respublica* romana confiaba en la edad avanzada y no así en la juventud y, por ello, este amplio período está repleto de gobernantes de bastante edad que, en difíciles situaciones, recibieron plenos poderes.

El *pater familias* constituía la cabeza de la familia, el miembro masculino de más edad, que, en muchas ocasiones, era de avanzada edad y poseía el poder absoluto sobre toda la familia, siendo su autoridad ilimitada y llevando a cabo acciones de carácter judicial entre sus miembros, entre ellas, la condena a muerte. Estos poderes considerables de los *patres familias* durante la *Respublica* explican el lugar esencial que ocupan los ancianos en la sociedad, pero engendran verdaderos odios hacia los que no acaban de morir, pues los hijos están sometidos a su padre anciano hasta una edad relativamente avanzada.

A pesar de que los ancianos pudieran ser, para algunos, una carga molesta, también existía la preocupación de los familiares por la salud de sus mayores.

A partir del siglo I a. C. comenzó un período inestable en todos los ámbitos, cuajado de enfrentamientos y guerras civiles, que hicieron que todos los valores tradicionales sufrieran una enorme mutación. El papel y función tanto del *pater familias* como del Senado fueron cada vez más puestos en cuestión, lo cual dio lugar a una progresiva disminución de sus prerrogativas.

Muchas de las funciones ejercidas por el *pater familias* pasaron a ser competencia de la justicia común y desapareció la mayor parte de sus facultades: los viejos ya no regentan institucionalmente el mundo romano. La *patria potestas* se va debilitando durante el Alto Imperio: los miembros de la familia podían denunciar ante el magistrado los abusos del *pater*; el derecho de vida y de muerte sobre los hijos se reglamentó con rigor y el padre podía ser

obligado a emancipar al hijo si lo castigaba sin un motivo justificado, de la misma forma que tampoco podía casarlo contra su voluntad.

Todo ello hace que los hijos adquieran personalidad jurídica: pueden actuar judicialmente, conformar un patrimonio distinto del de su padre (denominado peculio), convertirse en propietarios y contraer obligaciones contractuales.

Paulatinamente se va desmantelando la potestad que el *pater* tenía de por vida, y, por consiguiente, la del anciano. Aunque su autoridad moral siga siendo grande, ya no dispone de instrumentos jurídicos para poder ejercerla.

A pesar de todo, esto no hizo que los ancianos perdiesen todo su papel político, ya que, a título individual, todavía muchos de ellos detentaban cargos de suma importancia, comenzando por los emperadores. Aún en el entorno imperial se continuaba confiando en la experiencia y la sabiduría de los viejos políticos.

En los inicios del Imperio, se aprecia un retroceso de la condición de la senectud y una cierta ambigüedad en el trato dispensado a los ancianos. Augusto quiso restaurar la autoridad del *pater familias* y las virtudes romanas en el seno familiar, pero la pérdida del poder político y familiar convierte al anciano en la encarnación del sufrimiento por su soledad y su debilidad corporal a la que se consideraba una de las peores desgracias.

VI. Conclusión

A través del análisis llevado a cabo en este trabajo, hemos podido conectar la situación de la vejez desde la época de la antigua Roma a la actualidad y el surgimiento y evolución del Derecho de la Vejez como parte del proceso de especificación de los derechos humanos.

El fallo analizado pone de relieve un claro ejemplo de afectación del principio de igualdad y no discriminación de las personas mayores, donde en el contexto de tratar de protegerlos se los termina discriminando por el simple hecho de tener una determinada edad.

Además, como se mencionó oportunamente, el Código Civil y Comercial si bien ha incorporado avances en lo que se refiere a la autonomía de

las personas, éstos no resultan suficientes en materia de protección de los derechos de la ancianidad.

Queda mucho por avanzar en esta materia. Desde el derecho, cabe profundizar y darle una verdadera entidad y autonomía al Derecho de la Vejez, con institutos, legislación y políticas a largo plazo. Pero también desde lo social y cultural, porque el respeto por los mayores debe ser recuperado como valor en todos los ámbitos de la vida.

A modo de cierre, cabe citar a Cicerón, quien en su escrito “*De Senectute*”, sostiene: “La vejez es honorable si se defiende a sí misma, reteniendo sus derechos, manteniendo su independencia, gobernando sobre sus dominios hasta el último suspiro”.⁶⁸⁸

Podemos ver cómo subyace en esta frase de tan antigua data, uno de los principios rectores del Derecho de la Vejez, el de autonomía, que abarca la autodeterminación, la libertad y la propiedad en la vejez.

Bibliografía

Blog *Domus Romana*. “In Senectute bona, la vejez en época romana”, 5 de abril de 2016 (Consultado el 26/06/2020).

CASTELLI, L. y COZZARÍN, L. (2020). “El consumidor hipervulnerable”. En *Marval.com*. Disponible en: <https://www.marval.com/publicacion/el-consumidor-hipervulnerable-13715>.

CICERÓN, M. T. (1946). “De la vejez”. En *Obras completas*. Buenos Aires: Anaconda.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp

⁶⁸⁸ CICERÓN, M. T. (1946). “De la vejez.” En *Obras completas*. Buenos Aires: Anaconda, XI 38.

DABOVE, M. I. (2016). “Derechos humanos de las personas mayores en la nueva Convención Americana y sus implicancias bioéticas”. En *Revista Latinoamericana de Bioética*, 16(1), p. 38-59.

DNU 297/2020. Boletín Oficial de la República Argentina 20/03/2020.

FILIPPI, C. y ECHENIQUE, L. (2019). “Senectute, Potestas, Auctoritas...”. En *Revista de Derecho Romano*, N° I, Universidad Católica de Córdoba. Disponible en: [http://dx.doi.org/10.22529/rdr.2019\(1\)08](http://dx.doi.org/10.22529/rdr.2019(1)08), p. 143 (Consultado el 15/07/2020).

Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ amparo – otros” – Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 14 – 20/04/2020. Año XXIII - N° 5446. Miércoles 22/04/2020, elDial.com

Resolución 139/2020 Secretaría de Comercio Interior. Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 28/05/2020.

Resolución Conjunta MSJGM 16/2020. Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Nro 5851 - 20/04/2020

TORREGO SALCEDO, E. (2014). “La Vejez en Roma”. En *Las edades del hombre. Las etapas de la vida entre griegos y romanos*. Madrid: Delegación de Madrid de la Sociedad Española de Estudios Clásicos, p. 209 y s.

El origen de la vivienda familiar en el derecho romano.

Antecedentes legislativos y recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación⁶⁸⁹

Por Mariana Verónica Sconda⁶⁹⁰

Palabras claves: hogar conyugal; vivienda familiar; bien de familia; matrimonio; uniones convivenciales; familia

I. Introducción

Este trabajo se encuentra enmarcado dentro del proyecto de investigación denominado “Una mirada romanista a la parte general del Código

⁶⁸⁹ Este trabajo se encuentra enmarcado dentro del proyecto de investigación denominado “Una mirada romanista a la parte general del Código Civil y Comercial de la Nación”, con sede en la Facultad de Derecho de UFLO Universidad, Argentina.

⁶⁹⁰ Abogada. Profesora Adjunta Interina y JTP por concurso en la Cátedra de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Adjunta Regular en las Facultades de Derecho de UFLO Universidad y en la Universidad Católica de Salta. Investigadora categorizada UBA.

Civil y Comercial de la Nación”, bajo la dirección de la Prof. Mirta Beatriz Álvarez, con sede en la Facultad de Derecho de UFLO Universidad, Argentina. El mismo plantea como objeto de investigación la vivienda familiar, su constitución, evolución y protección.

Analizaremos su origen en el derecho romano, su recepción en el Código Civil de Vélez y cómo se encuentra actualmente legislada en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

La vivienda es uno de los derechos fundamentales en el desarrollo humano, motivo por el cual ha sido debidamente receptada por los tratados internacionales, hoy con rango Constitucional en el artículo 75, inc. 22. El nuevo Código Civil y Comercial, en el Libro I “Parte General”, en el Título III “Bienes”, en el Capítulo III “Vivienda”, desde el artículo 244 al 256, hace referencia a la organización del sistema de protección de la vivienda en general, el mismo sustituyó el antiguo régimen de Bien de Familia de la Ley 14.394. Además, en forma específica la nueva legislación protege a la vivienda en el matrimonio (art. 456 del CCC) como en las uniones convivenciales (arts. 518 y 522 del CCC), lo que hace notablemente al derecho a la igualdad de todos los habitantes independientemente del tipo familiar que elijan formar.

II. El hogar conyugal en el derecho romano

Antes de referirnos al hogar conyugal en el derecho romano, debemos previamente hacer una referencia breve sobre el matrimonio. Esto nos permitirá abordar y comprender el deber de los consortes de convivir en el mismo domicilio.

En Roma, el matrimonio era una situación de hecho, era una institución más social que jurídica que tuvo connotaciones sociales, éticas y religiosas. Se describe como la unión seria, continua y aparente entre un hombre y una mujer *liberorum quaerendorum causa*.⁶⁹¹ El matrimonio romano era

⁶⁹¹ TORRENT RUIZ, A. (2005). *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Edisofer SL, p. 691-

más parecido a lo que actualmente son las uniones convivenciales, que se encuentran reguladas en nuestra legislación.

En el período arcaico, esta institución no tenía vida por sí misma porque estaba absorbida o refundida con otras, tales como los esponsales, la dote y la *conventio in manu* que, además de estar configuradas jurídicamente, eran utilizadas por las familias romanas para conseguir sus propios intereses, como podía ser la continuidad del grupo familiar a través de la prole y en el que la mujer fue instrumento de tales intereses. Solo en la medida que estas instituciones jurídicas que envolvían al matrimonio empiezan a sufrir un proceso de decadencia, el matrimonio comienza a configurarse como institución autónoma.⁶⁹²

692. En concordancia ARANGIO RUIZ, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por J. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma. p. 489; BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Reus, p. 180; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2008). *Derecho Privado Romano*. Madrid: lustel, p. 134. "El matrimonio romano es la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de ser marido y mujer, o sea de procrear y educar hijos y de constituir además entre los cónyuges una sociedad perpetua e íntima bajo todos los conceptos. Tal intención es llamada *affectio maritalis*. En las fuentes romanas de las diferentes épocas se utilizan muy diversos vocablos para designar o referirse a la realidad social y jurídica que constituye el matrimonio: *matrimonium, nuptiae, consortium, coniunctio, communicatio, societas, pactum, foedus*, etc. Sobre la relación de las voces romanas con la terminología moderna al respecto, ha escrito recientemente Ortega Carrillo de Albornoz, que tradicionalmente, para designar la unión solemne de un hombre y una mujer, si bien utilizamos promiscuamente los términos matrimonio, nupcias, bodas, casamiento e incluso esponsales, es preciso delimitar el ámbito de aplicación de dichos términos que difieren en sus orígenes etimológicos y en su primigenio significado".

⁶⁹² FERNÁNDEZ BAQUERO, M. (2004). "Aspectos sobre el matrimonio en el Derecho Romano Arcaico." EN LÓPEZ ROSA, R. y DEL PINO TOSCANO, F. (eds.). *El Derecho de familia de Roma al Derecho actual*, Huelva: Universidad de Huelva, p. 193. "El matrimonio, como institución plenamente autónoma e independiente de otras como los esponsales, la *conventio in manum* o la dote, no existió en esta primera etapa del derecho romano. El matrimonio por sí mismo no se entendía si no era en función de esas otras instituciones jurídicas que servían para manifestar desde un punto de vista jurídico el inicio de una relación matrimonial. Por

Siendo por lo tanto el matrimonio en principio una unión libre, se derivaban una serie de consecuencias jurídicas, que eran tenidas en cuenta por el ordenamiento. Por eso mismo no encontramos ninguna definición jurídica del matrimonio elaborada por los juristas romanos, sino meras aproximaciones que destacan el hecho de la unidad de vida entre dos seres de diferente sexo, pertenecientes a distintas familias.⁶⁹³

Existen dos definiciones de matrimonio en los textos clásicos romanos. Una de ellas de Modestino en D. 23. 2. 1: “Las nupcias son unión del varón y de la hembra, y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y del humano”. Aquí se acentúa el carácter de comunidad de vida, con cierta influencia de prescripciones tanto sacras como laicas.⁶⁹⁴ La otra definición es la que se encuentra en I. 1. 9. 1 y suele ser atribuida al jurista

eso, de esta primera etapa histórica no contamos en las fuentes con definiciones en torno al matrimonio, mientras que sí tenemos referencias a los esponsales o a las distintas formas de *conventio in manum* que, de alguna manera, mostraban el tipo de relación conyugal que podía existir en un momento determinado y para una pareja en concreto.”

⁶⁹³ TORRENT RUIZ, A. (1995). *Manual de Derecho Privado Romano*. Zaragoza: Edisofer SL, p. 525. En concordancia ROUILLÓN ALMEIDA, D. (2010). *Bases romanas justinianeas del concubinato actual*. Lima: Fondo editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p. 69. “Pero en esencia, el matrimonio romano es, fundamentalmente, una situación de hecho, basado en la ética social antes que en el Derecho.”

⁶⁹⁴ DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 311. En concordancia FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p.135; y TORRENT RUIZ, *op. cit.*, p. 525. “En la primera parte, la palabra *coniunctio*, que es la que permite hablar de *coniux* (cónyuge), aparece vinculada con el *iugum*, es decir, el instrumento rústico que es el yugo, el cual permite a dos animales (bueyes) estar unidos a dicho aparato de manera que los liga por el cuello para la labor agrícola. La palabra *consortium* viene de *sors* (suerte), ordinariamente la pequeña tablilla de madera que servía para responder a preguntas presentadas a los oráculos y también para tirar ‘suertes’ en la división de tareas de los magistrados. De allí se llega fácilmente a la idea de ‘decisión de la suerte’ o ‘suerte fijada a cada uno, destino’. De este modo, *consors* (consorte) es ‘quien comparte la misma suerte’. Cuando marido y mujer se casan arriesgan su *sors* en el futuro. Por eso son consortes. Al decir que este *consortium* o *societas* (tomado en un sentido muy lato; no en el de contrato de sociedad) o *coniugium* es de toda la vida, se está

Ulpiano: “Nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer, que comprende el consorcio indivisible de la vida”. En ella se explica muy bien el modo esencial del matrimonio, que es precisamente la intimidad y comunidad de vivir, ideal e intencionalmente perpetua, entre dos cónyuges. Esto y no otra cosa significa la *individua vitae consuetudo*. En I. 1. 2. pr. y en D. 1. 1. 3 se reitera la idea de la vida en común como el fundamento de la noción de matrimonio.⁶⁹⁵

significando que el propósito inicial es la duración vitalicia de la unión matrimonial. Ciertamente los romanos admitieron la idea del divorcio. A lo que apuntaron es a no admitir las *nuptiae* como una simple unión *ad tempus*, o revocable por alguna imaginada cláusula resolutoria. La frase final, sospechada por algunos de alguna interpolación cristiana, presenta las características propias del matrimonio romano, donde esta unión, que es la más acorde con la naturaleza, significa algo más que lo ‘humano’, puesto que en la unión de sexos y en la procreación, hay facetas que vinculan lo divino a lo humano. En tal sentido no tendría necesariamente que ver con la posibilidad de la *manus*, puesto que en la época de Modestino la *manus* gozaba de descrédito. Para este jurista en D. 23. 2. 1, la referencia al consorcio para toda la vida debe ser interpretada en el sentido de que no se concebía que los cónyuges acordasen a permanecer unidos un período de tiempo determinado, pero no a la indisolubilidad de la unión, dado que la posibilidad de disolver el matrimonio, en el supuesto que no se mantuviese por los cónyuges la intención de permanecer juntos, la *affectio maritalis*, era para el Derecho Romano de todas las épocas, en especial en la etapa clásica, una solución inherente a la propia naturaleza de la institución. La mención, en esta definición a la puesta en común del derecho divino y humano, a la que ya había hecho alusión Cicerón en *De amicitia*, 6. 20, haría referencia al conjunto de normas jurídicas y preceptos religiosos aplicables de común acuerdo a los dos miembros de la unión conyugal.”

⁶⁹⁵ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 312. En concordancia ORTOLÁN, M. (1873). *Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*. Tomo I. Madrid: D. Leocadio López Editores, p. 95; PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, N. (1971). *Reglas de Ulpiano. Traducción, concordancia con otros textos clásicos y nota preliminar*. Buenos Aires: Lerner, p. 41; BONFANTE, *op. cit.*, p. 180; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 133. “Los bizantinos comienzan hablando de *nuptiae* (palabra que está siempre en plural; el matrimonio legítimo es llamado *iustae nuptiae*). La unión está más referida a la mujer (la que es *nubilis*: casadera; *nupta*: la que está casada; son vocablos que derivan de *nubere*: velarse, por el velo que suele usar la novia). En cambio,

Cabe destacar que eran necesarios dos elementos para la existencia del matrimonio romano: por un lado, la *affectio maritalis* (elemento subjetivo) y por otro, la convivencia continua (elemento objetivo).⁶⁹⁶

el *matrimonium* aparece viendo la unión del lado del marido, ya que éste adquiere una *uxor* para su casa (*ducit uxorem*: se lleva una mujer legítima). Además se reemplaza la expresión *maris et feminae* (macho y hembra), por la designación más espiritualizada de *vir et mulier* (varón y mujer). También se refieren a la finalidad de esta *coniunctio*. En la especificación de la 'costumbre indivisa de la vida' pone de manifiesto la unión de sexos que viven unidos el uno para el otro, así como la idea de procreación, para el caso de que ello fuere posible. *Nuptiae* y *matrimonium* son comúnmente palabras genéricas, que indican la unión del hombre y de la mujer en una sociedad indisoluble, y que pueden aplicarse a todos los matrimonios, y aún a los de los extranjeros. Pero los jurisconsultos, cuando quieren especialmente designar el matrimonio según el derecho de los romanos, tienen mucho cuidado de decir *iustae nuptiae*, *iustum matrimonium*. Solo de las justas nupcias procedían la patria potestad, el parentesco civil (*agnatio*) y los derechos de familia; en una palabra, ellas formaban el único matrimonio civil: la mujer tomaba el nombre de *uxor* y el marido el de *vir*. En Ulp. Reg. 5. 1: 'Están sometidos a la potestad del padre los nacidos de matrimonio legítimo'. Y en Ulp. Reg. 5.2: 'Hay matrimonio legítimo cuando los que contraen las nupcias tienen tal derecho (*ius connubium*); si el varón y la mujer son aptos para la procreación y si además prestan su consentimiento, si son dueños de sí mismos o si estuviesen sujetos a potestad lo prestaren sus *patres*'. Derecho natural es el que la naturaleza enseñó a todos los animales. Mas este derecho no es privativo del género humano, sino de todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar. De aquí proviene la unión del macho y de la hembra, que llamamos matrimonio; de aquí la procreación y la educación de los hijos: porque vemos que también los demás animales se rigen por el conocimiento de este derecho" y en D. 1. 1. 3: "Derecho natural es aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es peculiar del género humano, sino común a todos los animales que nacen en la tierra o en el mar, y también a las aves. De aquí procede la conjunción del macho y de la hembra, que llamamos matrimonio, de aquí la procreación de los hijos, de aquí la educación; pues vemos que también los demás animales, hasta las fieras, se gobiernan por el conocimiento de este derecho."

⁶⁹⁶ DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. (2001). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Valencia: Tirant da Blanch, p. 437. En concordancia BONFANTE, *op. cit.*, p. 181; TORRENT RUÍZ, *op. cit.*, p. 691; ROUILLÓN ALMEIDA, *op. cit.*, p. 70; PUJAL, M. (2004).

Un aspecto importante del matrimonio era el acompañamiento de la mujer a la casa del marido (*deductio in domo mariti*), que se realizaba en la ceremonia de la *confarreatio*, esto significaba el acto de ingreso al hogar físico del marido, el cual constituiría el domicilio conyugal y además era un requisito probatorio, aunque no esencial, de la existencia de las nupcias.⁶⁹⁷

La formalidad de la *deductio in domo* por parte de la mujer aparece remarcada por Pomponio en D. 23. 2. 5. Se permite al novio ausente casarse por carta o por nuncio, siendo éste el encargado de llevar a la mujer a la casa del marido. En cambio, la mujer no podía casarse estando ella ausente,

“La concepción jurídica del matrimonio romano clásico”. En LÓPEZ ROSA, R. y DEL PINO TOSCANO, F. (eds.). *El Derecho de familia de Roma al Derecho actual*, Huelva: Universidad de Huelva, p. 611. “El matrimonio romano era, el vivir juntos con intención marital, y cuando estas dos circunstancias concurren el matrimonio existe; si no, el matrimonio no existe. Conviene que el principio del matrimonio revele claramente la existencia de estos dos elementos: la cohabitación y la intención marital. El consentimiento no podía entenderse como contractual, inicial, o sea, como creador de un vínculo, la obligación de aquella convivencia, que pudiese luego existir independientemente de su causa, sino como continuo, por ello llamado *affectio*, haciendo consistir en él, juntamente con la convivencia, también continua, todo el ser del matrimonio. Como institución de hecho, el matrimonio se basa sobre la voluntad recíproca y continua de los cónyuges de vivir y comportarse como tal (*affectio maritalis*), residiendo en el *consensus perseverans* la base esencial del mismo (D. 35. 1. 15, D. 50.17.30) de forma tal que faltando éste, el matrimonio se disuelve libremente en la época clásica, debiéndose añadir un acto formal de disolución (*divortium*) en la posclásica.”

⁶⁹⁷ GARCÍA GARRIDO, M. (1985). *Derecho Privado Romano. Instituciones*. Madrid: Dykinson, p. 458; DI PIETRO, *op. cit.*, p. 315. “La *deductio in domo mariti* servía para establecer cuál iba a ser el domicilio de los cónyuges y así estar en condiciones de cumplir con el deber de vivir en el hogar común, que les imponía el matrimonio. Se conducía a la mujer a casa del esposo en una procesión. El cortejo que llevaba a la esposa se detenía frente a la casa del esposo, en ese instante la mujer debía ser ingresada a la casa del marido, para tal efecto, los amigos del novio la alzaban e introducían en la casa sin que pise el umbral. El marido le ofrece el fuego y el agua. El fuego representaba a la divinidad familiar, y el agua lustral, que servía a la *domus* en todas sus ceremonias. Luego de pronunciada las preces a los dioses lares, la *pronuba* la conduce hasta el lecho nupcial, donde la espera su marido mientras los concurrentes se iban retirando.”

porque es menester que la conducción sea a la casa del marido, no a la de la mujer, como al domicilio conyugal.⁶⁹⁸

Uno de los efectos personales del matrimonio era que la mujer obtenía el domicilio del marido, así lo expresa D. 5. 1. 65: “la mujer debe exigir la dote allí donde el marido tuvo su domicilio, no donde se hizo el instrumento dotal; porque no es éste un género de contrato que respecto de él deba atenderse al lugar en que se hizo el instrumento de dote, más bien que a aquél a cuyo domicilio había de pasar la misma mujer por la condición de matrimonio”; y D. 50. 1. 38. 3: “...la mujer mientras está casada, es considerada habitante de la misma ciudad de la que lo es su marido, y que no es obligada a desempeñar cargos en aquella de la que trae su origen”.⁶⁹⁹

Debemos aclarar que si bien en el derecho romano hace referencia a la importancia del hogar conyugal como residencia común de los consortes para el desarrollo de la vida matrimonial, no legisló sobre la protección de esta vivienda familiar, como actualmente se encuentra amparada en nuestro Código Civil y Comercial.

III. El domicilio conyugal en el Código Civil de Vélez Sarsfield

El Código Civil de Vélez, en el originario artículo 187, luego trasvasado al artículo 53 de la Ley 2393 de matrimonio civil, establecía la potestad marital de la fijación del domicilio conyugal. La norma preveía la posibilidad de que el marido, en caso de negarse la mujer a residir en el domicilio que él fijaba, obtuviera el reintegro compulsivo mediante medidas policiales y

⁶⁹⁸ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 316. “De este modo la *deductio in domo*, aunque usual en las nupcias, tenía especial importancia cuando el marido que se casaba estaba ausente, como modo de expresar en forma indudable el consentimiento que seguía siendo siempre el requisito fundamental de las nupcias.”

⁶⁹⁹ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 319; GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889). *Cuerpo de Derecho*. Tomo I. Barcelona: Lex Nova, p. 427; GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, Tomo III, p. 874.

así mismo la privase de alimentos. También el artículo 90, inc. 9, del CC disponía que: la mujer casada tiene el domicilio de su marido, aun cuando se halle en otro lugar con licencia suya. Aunque la legislación consideraba a la mujer casada como una incapaz relativa (art. 55, inc. 2, y conc. Ley 2393) se entendía que el fundamento de la disposición que atribuía a la mujer el domicilio de su marido no se hallaba en esa incapacidad sino en el deber de convivencia y especialmente en el deber de la mujer de seguir al marido adonde quiera que éste fijase su residencia (arts. 51 y 53, Ley 2393). Por lo tanto, si los cónyuges debían habitar bajo un mismo techo y el domicilio estaba determinado por la residencia no habría podido la mujer casada tener otro domicilio.⁷⁰⁰

En el año 1926 se sancionó la Ley 11.357 de los derechos civiles de la mujer, que incidió en materia de capacidad de la mujer casada pero no modificó la potestad marital en lo relativo a la prerrogativa de fijación del domicilio conyugal. Recién en el año 1987 se sancionó la nueva Ley de Matrimonio Civil 23.515, que derogó el art. 90, inc. 9, y suprimió el viejo resabio de autoridad marital que facultaba al marido a elegir el domicilio conyugal. El artículo 9 de esta ley establecía que “el domicilio de la

⁷⁰⁰ ZANNONI, E. (1998). *Derecho Civil: Derecho de Familia*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, p. 401. En concordancia BELLUSCIO, A. (1998). *Manual de Derecho de Familia*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, p. 344; RIVERA, J. (1994). *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 535; SCHIPANI, S. (2007). *Código Civil de la República Argentina con la traducción de Ildefonso García del Corral de las fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sarsfield en las notas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 45. “Si el fundamento hubiera sido la incapacidad, la regla habría sido superflua, por haber quedado cubierta por el art. 90, inc. 6, que atribuía a los incapaces el domicilio de sus representantes. (...) Considerar a la mujer casada como una incapaz relativa de hecho, como a los menores, era porque en el hogar conyugal no podían haber dos autoridades iguales y que en aras al interés familiar la mujer debía obedecer al marido, quién era su representante legal. (...) Si bien la nota al art. 90, inc. 9, del CC no cita una fuente directa romana, la normativa tiene base romanista dado que en D. 50. 1. 38. 3 expresaba que la mujer mientras está casada, es considerada habitante de la misma ciudad de la que lo es su marido, y que no es obligada a desempeñar cargos en aquella de la que trae su origen?”

mujer casada queda regido por las mismas normas que el del hombre”. Las leyes 23.515 y 23.264 (sancionada ésta última en 1985) se insertaron en el contexto determinado por la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en vigor desde 1981, ratificada por nuestro país por la Ley 23.179 e incorporada a la Constitución Nacional por la reforma de 1994 en el artículo 75, inc. 22.⁷⁰¹

El texto dispuesto por la Ley 23.515 modificó los artículos 199 y 200 del CC. El primero expresaba que “los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas” y el segundo artículo expresaba que “los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia.” Las relaciones conyugales sintetizaban un proyecto de vida común.⁷⁰²

La decisión de la fijación del domicilio conyugal debía ser el resultado de la deliberación de ambos cónyuges, quienes determinaban lo más conveniente al interés familiar de conformidad con las circunstancias del caso. Si no se lograba el acuerdo respecto al establecimiento del domicilio conyugal, el juez era quien lo resolvía. El artículo 199 del CC dispensaba judicialmente a los cónyuges del deber de convivencia cuando ésta ponía en peligro la vida o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos,

⁷⁰¹ RIVERA, *op. cit.* p., 535 y ss; BELLUSCIO, *op. cit.*, p. 345; ZANNONI, *op. cit.*, p. 404.

⁷⁰² ZANNONI, *op. cit.*, p. 405 y ss. En concordancia BELLUSCIO, *op. cit.*, p. 333. CN Civ, Sala G, 23/03/93, El Derecho, p.152-599. “Dentro de los deberes-derechos personales de los cónyuges el derogado Código Civil enumeraba la cohabitación (arts. 199 y 200 CC texto Ley 23.515.), la fidelidad recíproca (art. 198 CC. texto Ley 23.515) y la asistencia (arts. 198, 207 a 209 y 231 CC texto Ley 23.515). Vivir juntos en cohabitación en la misma casa, asistirse afectiva y económicamente, y guardarse mutua lealtad o fidelidad, constituyen las bases éticas del matrimonio. (...) Cohabitar, vivir o habitar juntos implicaba respecto de los cónyuges, la convivencia en un mismo domicilio, en la casa conyugal, por eso eran caracteres de la misma la reciprocidad y permanencia, lo cual no significaba que no podía cesar por separación personal o divorcio. (...) La Sala G de la Cámara nacional en lo Civil, dispuso en 1993 que el proyecto de radicación del grupo familiar no puede concretarse si la propuesta de uno de los cónyuges no cuenta con la conformidad del otro.”

de ambos o de los hijos. Se sostenía que sin necesidad de dispensa judicial ambos cónyuges podían acordar transitoriamente vivir separados por causas excepcionales como razones laborales, enfermedades, etc. Además, el segundo párrafo de este mismo artículo expresaba que cualquiera de los cónyuges podía requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos. Si bien se impuso el criterio que rechazaba el empleo de la fuerza para obtener el regreso al hogar, se criticó severamente la sanción que determinaba la pérdida del derecho de alimentos por parte del cónyuge que interrumpió injustificadamente la convivencia, ya que constituía una medida coercitiva que violaba el principio de igualdad de los cónyuges, dado que uno de ellos podía forzar al otro a una convivencia no deseada porque tenía medios económicos para imponer su voluntad.⁷⁰³

Al considerar la cohabitación como un deber recíproco, ya que pesa por igual sobre marido y mujer, la actitud de cualquiera de los cónyuges que dejaba de cohabitar constituía un incumplimiento de su obligación y determinaba la configuración de la causal de separación personal, o divorcio por abandono voluntario y malicioso (arts. 202, inc. 5, y 214, inc. 1, del CC).⁷⁰⁴

⁷⁰³ ZANNONI, *op. cit.*, p. 412 y ss.; BELLUSCIO, *op. cit.*, p. 334.

⁷⁰⁴ ZANNONI, *op. cit.*, p. 414 y ss.; BELLUSCIO, *op. cit.*, p. 334 y ss. "Esto se traducía como la voluntad de dejar la casa común familiar sin continuar la cohabitación, determinando la separación de hecho de los esposos, en tanto uno u otro no promoviere la demanda de separación personal o divorcio vincular. También la separación de hecho podía obedecer a la voluntad de ambos de vivir en lo sucesivo separados. Era nulo todo convenio de los esposos relativo a la dispensa del deber de cohabitación, la situación fáctica solía ser frecuente. La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse, no alteraba los deberes-derechos del matrimonio. La separación era causal objetiva de la separación personal o de divorcio, una vez que hubieran transcurrido los plazos que preveían los artículos 204 y 214m inc. 2, del CC"

IV. Antecedentes legislativos previos a la Ley del Bien de Familia

En nuestro país se dictaron diversas normas que instituyeron regímenes para la defensa y expansión del patrimonio inmobiliario de la familia. La legislación argentina vinculó la propiedad con la familia en los regímenes agrarios. Se sancionaron numerosas leyes de arrendamientos rurales, tales como: la Ley 13.246 según la reforma del Decreto-Ley 2188 del año 1957, que impuso la indivisibilidad en la explotación por continuación del contrato de arrendamiento o de aparecería rural, en caso de muerte o de imposibilidad física del primitivo locatario o aparcerero; y la Ley 14.451, que creó para los adquirentes del inmueble que, hubieren estado sometidos a las leyes de prórroga de arrendamientos y aparcerías rurales, un régimen particular que impuso la indisponibilidad, la explotación directa y la indivisibilidad hereditaria de dichos predios. Siguiendo al derecho francés, se sancionó en 1915 la Ley 9677 de Casas Baratas. La Comisión Nacional de Casas Baratas presentaba la función de dirigir, fomentar y controlar la construcción de casas higiénicas y baratas en la Capital Federal y territorios nacionales, destinadas a ser vendidas o alquiladas a jornaleros o empleados de bajos sueldos con familia, a quienes se los eximía del pago de la contribución territorial por el término de diez años y se los favorecía con un derecho sucesorio especial, pero no se establecía la inembargabilidad. Casi simultáneamente, el Congreso Nacional sancionó la Ley 10.284, conocida como “Ley del hogar”, dentro del subtítulo “amparo y donación a la familia argentina”. Dicha normativa presentó todos los caracteres del bien de familia, incorporando, además, normas de donación de tierras vacantes del Estado. Sin embargo, tuvo una vigencia reducida, pues no fue reglamentada legislativamente y, al mismo tiempo, el tope máximo que establecía (diez mil pesos) resultó estrecho en relación al proceso inflacionario argentino. Posteriormente dieron a luz otras leyes que consagraron algunos caracteres del bien de familia, tales como la Ley 12.636 o la Ley 13.995, concluyendo finalmente con la sanción de la Ley 14.394, que se ocupó de su regulación y constituyó un gran avance para el derecho argentino.⁷⁰⁵

⁷⁰⁵ FOSSACECA, C. y LÓPEZ POLETTI, F. (2017). “El estudio de la vivienda única desde

V. El régimen del bien de familia de la Ley 14.394

Este régimen consiste en la afectación de un inmueble urbano o rural a la satisfacción de las necesidades de sustento y de la vivienda del titular y su familia y, en consecuencia, se lo sustrae a las contingencias económicas que pudieran provocar su embargo o enajenación. Es una auténtica institución que tiende a preservar el asiento de la residencia de la familia, el hogar familiar, poniéndolo a cubierto no solo de la ejecución por las deudas del constituyente posteriores a la afectación, sino también de los actos de disposición que él mismo quisiese realizar respecto del inmueble afectado.⁷⁰⁶

En 1954 se sancionó la Ley 14.394, cuyos artículos 34 y ss. establecían el bien de familia, que a diferencia del lote de hogar de la Ley 10.284 no se constituía sobre lotes en tierras vacantes del Estado que se solicitaban a este fin, sino sobre cualquier inmueble rural o urbano de la propiedad del interesado. La reglamentación fue dictada mediante los decretos 2513/60, 38/63 y 2528/66, estos dos últimos derogados y el primero fue modificado por decretos 1722/71 y 3091/73. En la Capital Federal regía la reglamentación del Decreto 2080/80.⁷⁰⁷

El artículo 36 disponía que “A los fines de esta ley, se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o, en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente”.

El constituyente debía acreditar la propiedad del bien inmueble urbano o rural. No existían en esta ley limitaciones en cuanto a la cantidad de miembros que constituían la familia, por lo tanto bastaba la presencia del cónyuge o de algunos de los parientes mencionados por la norma para cumplir con el requisito del artículo, a fin de que el propietario pudiera afectar el bien. Es decir, aquella persona que no tenía cónyuge,

el punto de vista del Derecho de las obligaciones y de los Derechos Reales”. En *Revista de Derechos Reales*. N° 16, p. 5 y ss.

⁷⁰⁶ ZANNONI, *op. cit.*, p. 624 y ss.

⁷⁰⁷ ZANNONI, *op. cit.*, p. 626.

ascendientes, descendientes o colaterales con quienes conviva (de él o de su cónyuge) no podía afectar un inmueble de su propiedad como bien de familia. Además, no se hacía distinción en cuanto a vínculos matrimoniales o extramatrimoniales con el propietario toda vez que la finalidad de asegurar la vivienda, o en su caso el sustento del grupo familiar, no admitía distinciones en cuanto a la calidad jurídica del vínculo.⁷⁰⁸

El propietario o su familia estaban obligados a habitar el bien o a explotar por cuenta propia el inmueble o la industria en él existente. La constitución podía hacerse por acto entre vivos o de última voluntad. No podía constituirse más de un bien de familia y la afectación no podía superar las necesidades de sustento y vivienda de la familia. El inmueble afectado se tornaba inajenable y tampoco se podía embargar por las deudas posteriores a su constitución. La desafectación del bien de familia procedía por: a) la voluntad del constituyente, y si éste era casado necesitaba la conformidad de su cónyuge; b) a solicitud de la mayoría de los herederos, cuando la constitución se hacía por disposición testamentaria; c) a requerimiento de la mayoría de los condóminos; d) de oficio o a instancia de terceros; y e) en caso de expropiación, reivindicación, venta judicial u otra causa grave que justificaba la desafectación.⁷⁰⁹

Es necesario aclarar que esta ley no contemplaba la posibilidad de la afectación del bien inmueble cuando el titular pretendía constituirlo beneficiando a su pareja conviviente. Tampoco lo permitía cuando se trataba de

⁷⁰⁸ PANDIELLA MOLINA, J. (2015). "Protección de la vivienda y uniones convivenciales". En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Ed. Thomson-La Ley, p. 1 y ss. "Aun cuando la norma hubiese incurrido en tal distinción, ella ya no tendría vigencia, en virtud de la Ley 23.264 que introdujo el artículo 242 del Código Civil, según el cual la filiación matrimonial y extramatrimonial acarrear idénticos efectos, derogando el artículo 365 que disponía que los parientes ilegítimos no hacían parte de la familia de los parientes legítimos, y en su artículo 21 dispuso: 'Siempre que en el Código Civil, leyes complementarias y otras disposiciones legales se aluda a los hijos naturales, extramatrimoniales o ilegítimos en contraposición o para discriminar derechos o deberes respecto de los hijos legítimos, la situación de aquellos deberá ser equiparada a la de estos'".

⁷⁰⁹ ZANNONI, *op. cit.*, p. 626 y ss.

condóminos, quienes conformaban una unión convivencial y pretendían someter el inmueble a dicho régimen. El obstáculo principal se encontraba en la definición de familia contenida en esta normativa.⁷¹⁰

VI. La vivienda familiar en los proyectos de reforma

Varios proyectos de reforma regularon la constitución y protección de la vivienda familiar. Entre ellos podemos mencionar:

a) Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936

En el capítulo titulado “Del Bien de Familia”, se ubicaba en el Libro I, Sección II, Título III, comprendiendo los artículos 124 al 131. Establecía que para constituir el bien de familia era necesaria la inscripción del mismo con ese carácter en el Registro de Inmuebles (artículo 124). El derecho de solicitar la inscripción le correspondía al propietario del inmueble, al representante de la sociedad conyugal, en su caso, como también a los

⁷¹⁰ SANTANGELO, M. (2013). “La protección de la vivienda familiar en las uniones convivenciales.” En *Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, N° 17, Buenos Aires, Ed. UCES, p. 272 y ss. Opinan en el mismo sentido PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 2. MILLÁN, F. (2015). “Atribución de la vivienda ante la ruptura familiar.” En *ADLA*, 21, p. 145. “Tanto la jurisprudencia nacional como la provincial han negaban la posibilidad de la afectación, aun en aquellos casos donde se ha cuestionado la constitucionalidad de la norma. Desde la doctrina se plantearon posiciones divergentes. Existían quienes negaban la posibilidad al conviviente de afectar el bien por no contemplarse su situación en la normativa y no poseer el estado de cónyuge. Contrariamente otros afirmaban que una interpretación del artículo 36 en base a la normativa constitucional debía posibilitar la afectación del inmueble en el caso de las uniones convivenciales. Con algún criterio más flexible, se pronunció la jurisprudencia sobre la constitución del bien de familia solicitada en los casos de uniones convivenciales con hijos comunes, permitiendo su incorporación al régimen previsto por la Ley 14.394.”

hermanos, respecto del bien que hubieren heredado en común, dentro de la sucesión paterna o materna (artículo 125). El valor del inmueble no debía exceder la suma de cincuenta mil pesos y no tenía que existir otro inmueble registrado con igual carácter por el mismo titular. No obstaba a la inscripción, la circunstancia que el solicitante pudiera tener derechos eventuales como hijo de familia sobre determinada parte de otro inmueble anteriormente inscripto (artículo 126). Además, el bien y los frutos en un 60 por ciento de su producción anual eran inembargables por deudas posteriores y no podía ejecutarse aun en caso de concurso del titular (artículo 127). No podía alterarse el destino del inmueble, ni ser vendido o permutado en todo o en parte, ni gravárselo con hipotecas salvo que mediare consentimiento unánime de los interesados o sus representantes legales (artículo 128). El beneficio cesaba por: a) la expropiación del bien; b) la reivindicación; c) pedido del propietario que solicitó la inscripción. Si el bien fuera ganancial, se exigirá el consentimiento del otro cónyuge; d) por acuerdo de los herederos del constituyente o por la mayoría de ellos, siempre que se tenga la conformidad del cónyuge supérstite; e) venta judicial en los casos autorizados por el artículo 130; y f) cuando se hubieren efectuado mejoras o construcciones que duplicaran el valor inicial consignado en el Registro (artículo 131).⁷¹¹

b) Anteproyecto de Código Civil de 1954

En el Libro I, del artículo 630 al 639, establecía las reglas sobre el bien de familia de una manera muy similar a la Ley 14.394. Podían constituirse en bien de familia los inmuebles rurales o urbanos cuya importancia no excediera las necesidades de sustentación y alojamiento de la familia beneficiaria, sin atender a los gravámenes existentes sobre ellos. La constitución del bien de familia determinaba la inalienabilidad del inmueble respectivo, así como la afectación de sus frutos a las necesidades de la familia (artículo 630). Estaba legitimado para constituir el bien de familia el propietario

⁷¹¹ PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 4.

del inmueble respectivo que tuviere a su cargo cónyuge, ascendientes, descendientes o hijos adoptivos; o en defecto de ellos parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive; y por los hermanos que hayan heredado el inmueble de algún autor común. También podía constituirse por el propietario que transmita el dominio del inmueble a otro, siempre que éste se encontrara en la situación de familia descripta precedentemente (artículo 631). Nadie podía ser propietario de más de un bien de familia (artículo 632). Proponía la intervención judicial, así, la constitución del bien de familia se determinaba por la inscripción de la sentencia judicial que la autorizaba, en el registro inmobiliario correspondiente (artículo 633). También se podía constituir por testamento (artículo 634). No podía ser gravado por el titular sin el consentimiento de su cónyuge (artículo 636). No era susceptible de ejecución o embargo, por deudas del respectivo titular posteriores a la constitución del bien en ese carácter, aun cuando se declarara el concurso de aquel en razón del incumplimiento de las obligaciones mencionadas. No obstante, el bien de familia quedaba sujeto a las acciones de expropiación, de reivindicación o provenientes de impuestos y tasas que graven directamente el inmueble, así como las derivadas del enriquecimiento injusto o de gravámenes constituidos de conformidad a lo estatuido en el artículo 636 (artículo 638). Finalmente, el artículo 639 establecía que el beneficio del bien de familia cesaba por la desafectación de éste, mediante la cancelación de la inscripción respectiva, ordenada por el juez, así como por el fallecimiento de todos los beneficiarios, o por el propio constituyente cuando el dominio del inmueble no correspondiese a los beneficiarios del bien de familia.⁷¹²

c) Anteproyecto de 1998

Incorporaba la protección de la vivienda en el Libro II, “De la parte general”, Título III, “Del patrimonio”, Capítulo III, “Vivienda protegida”, artículos 236 a 249. Disponía que pudiera afectarse al régimen previsto

⁷¹² PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 5.

un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluía la concedida por otras disposiciones legales. El valor del inmueble o la proporción del mismo afectada no podía exceder las necesidades de vivienda de los beneficiarios, conforme establezcan las reglamentaciones locales (artículo 236). La afectación producía efectos a partir de su inscripción en el registro de la propiedad inmueble que corresponda, la que debía hacerse de acuerdo a las reglamentaciones locales (artículo 237). El legitimado para solicitar la afectación era el titular registral; si los titulares eran varios debían solicitarla unánimemente. La afectación podía disponerse por actos de última voluntad. En tal caso, el juez disponía la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público o de oficio si hay beneficiarios incapaces (artículo 238). Eran beneficiarios de la afectación el propietario constituyente, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes por naturaleza o por adopción; y en defecto de ellos, sus parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad, que convivían con el constituyente. Los beneficiarios no podían afectar otro inmueble como vivienda protegida (artículo 239). Para hacer la afectación tenían que habitar el inmueble alguno de los constituyentes y todos los beneficiarios (artículo 240). Permitía la subrogación real (artículo 241). El efecto principal era que la vivienda afectada no era susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción (artículo 242). Pero establecía que podían embargarse y ejecutarse los frutos que fueran producidos por el inmueble si no eran indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios (artículo 244). Los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción de la afectación estaban exentos de impuestos y tasas (artículos 245). La desafectación y la cancelación de la inscripción procedían: a) A solicitud del constituyente; si estaba casado se requería el asentimiento del cónyuge; si éste se oponía, faltaba o era incapaz, la desafectación debía ser autorizada judicialmente; b) A solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, salvo disconformidad del cónyuge supérstite o si existían incapaces, caso en el cual el juez de la sucesión debía resolver lo más conveniente para el interés de los beneficiarios; c) A requerimiento de la mayoría de los copartícipes, si hay condominio, se computaba en proporción a sus respectivas alícuotas; d) A instancia de cualquier interesado si

no subsistían los recaudos previstos en este capítulo o fallecían el constituyente y todos los beneficiarios; y j) En caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este capítulo (artículo 248). Hacía extensiva las disposiciones anteriores a los inmuebles rurales que no excedían de la unidad económica, de acuerdo con lo establecido en las reglamentaciones locales (artículo 249).⁷¹³

VII. Importancia del derecho a la vivienda

Se ha definido a la vivienda como “el lugar físico en que de modo permanente la familia desenvuelve su realidad cotidiana. Es el sitio en que la familia concreta su existencia, el lugar determinado que ocupa, localizado en la ciudad o en la zona rural, y que se destina a la vida familiar”. La protección constitucional de la misma implica “la máxima tutela y jerarquía jurídica del medio físico que torna posible la continuidad de la familia”.⁷¹⁴

La vivienda es uno de los derechos fundamentales en el desarrollo humano, motivo por el cual ha sido debidamente receptada por los instrumentos internacionales, hoy con rango constitucional (art. 75, inc. 22). Varios son los tratados que consagran esta protección, entre los cuales podemos mencionar a la Convención de los Derechos del Niño (art. 27. 3), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25. 1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 23), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 17), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11. 1), la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 5º, inc. e, III), y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14, inc. h).⁷¹⁵

⁷¹³ PANDIELLA MOLINA, *op. cit.* p. 5.

⁷¹⁴ LLOVERAS, N. (1993). *La protección de la vivienda familiar*. Tomo E. Buenos Aires: La Ley, p. 812 y ss.

⁷¹⁵ MILLÁN, *op. cit.*, p. 145. Opina igual FAMÁ, M. (2015). “Régimen patrimonial de las uniones

La vivienda es donde no solo sus integrantes tendrán refugio, cuidado y protección, sino también el lugar donde descansar y desarrollarse diariamente, un pilar fundamental de toda familia.⁷¹⁶

VIII. Regulación de la vivienda familiar en el Código Civil y Comercial Argentino

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en el Libro I, “Parte General”, en el Título III, “Bienes”, en el Capítulo III, “Vivienda”, desde el artículo 244 al 256, hace referencia a la organización del sistema de protección de la vivienda en general. Como se dijo anteriormente, el derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales. Esto justifica que se dedique un capítulo especial para la vivienda; el régimen proyectado sustituye al del bien de familia de la Ley 14.394. Las modificaciones son importantes, en tanto:

- a) Se puede afectar cualquier bien destinado para vivienda en forma total o parcial, e inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble, a los efectos de hacerlo inejecutable frente a terceros acreedores luego de su registración, además se torna el bien inalienable e inembargable (art. 249), salvo los frutos que produce en la medida

convivenciales”. En *Revista Thomson Reuters sobre el Código Civil y Comercial*, Ed. Thomson Reuters, p. 21. Suprema Corte de Buenos Aires, SCBA, fallo -C97295, 21/3/2012, “N., M.D. y otra. Adopción plena”, B 3901803. “La SCBA ha sostenido que en vista a la construcción heterogénea de los distintos modelos familiares reconocida en los tratados (art. 75, inc. 22, de la CN) y en el art. 14 bis última parte de la Constitución Nacional, el concepto amplio de familia es el que impera en el ordenamiento jurídico. Vale decir, el principio protectorio de la familia debe receptor este pluralismo familiar. De lo contrario, en la aceptación de un único arquetipo, el matrimonio, como paradigma a ser imitado por los restantes modelos familiares, se dejaría sin protección y sin respuesta a una serie de relaciones afectivas con características que ameritan una regulación específica.”

⁷¹⁶ MILLÁN, *op. cit.*, p. 145.

que no sean indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios (art. 251 del CCC). Se puede afectar un solo inmueble. Puede haber diferentes protecciones sobre un mismo bien, ya que el nuevo régimen no excluye otras protecciones legales, como la concedida por el régimen patrimonial del matrimonio o de las uniones convivenciales (art. 244 del CCC). También se contempla la posibilidad de afectación de un inmueble rural (art. 256 del CCC).⁷¹⁷

b) La afectación no es automática, y la protección solo opera con la manifestación expresa de voluntad del propietario del inmueble. Se requiere, en la hipótesis de condominio, la conformidad de todos los cotitulares. Se torna posible que sea ordenada la afectación por acto de última voluntad: el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida. Por último, el juez puede ordenar la afectación a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida (art. 245 del CCC). Por lo tanto el inciso a) del artículo 246 del CCC dispone que la vivienda familiar puede ser sometida al régimen previsto para el caso que se trate de una unión convivencial, siendo el conviviente beneficiario.⁷¹⁸

⁷¹⁷ BUERES, A. (dir.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*. Tomo I. Buenos Aires: Hammurabi, p. 239 y ss. En el mismo sentido opinan FOSSECECA y LÓPEZ POLETTI, *op. cit.*, p. 8 y ss.; MILLÁN, *op. cit.*, p. 146; PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 8; GALLI FIANT, M. (2015). "Condominio entre ex convivientes y protección de la vivienda para los hijos." *Revista Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ed. La Ley, p. 125; SZMUCH, M. (2015). "Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia." En *Revista del Notariado del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires*, N° 919, p. 27.

⁷¹⁸ FOSSECECA y LÓPEZ POLETTI, *op. cit.*, p. 8 y ss.; BUERES, *op. cit.*, p. 240; PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 7; GALLI FIANT, *op. cit.*, p. 125; SZMUCH, *op. cit.*, p. 27.

c) Se amplía la lista de beneficiarios el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes; en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente (art. 246 del CCC). Además, se requiere que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble (art. 247).⁷¹⁹

d) Se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en diversos pronunciamientos judiciales, que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización que provenga del seguro o de la expropiación (art. 248 del CCC).⁷²⁰

e) El inmueble afectado no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias. El único caso permitido consiste en que favorezcan a los beneficiados de la afectación prevista. Debe obtenerse la conformidad del cónyuge o del conviviente para poder transmitir o gravar el inmueble afectado. Se torna menester recurrir al arbitrio judicial si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida (art. 250).⁷²¹

⁷¹⁹ BUERES, *op. cit.*, p. 241. FOSSECECA y LÓPEZ POLETTI, *op. cit.*, p. 8; SANTANGELO, *op. cit.*, p. 272. SZMUCH, *op. cit.*, p. 25. “Se autoriza la constitución del bien de familia a favor del titular del dominio sin familia, atendiendo a la situación, cada vez más frecuente, de la persona que vive sola; se permite que el bien de familia sea constituido por todos los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges.”

⁷²⁰ BUERES, *op. cit.*, p. 241; FOSSECECA y LÓPEZ POLETTI, *op. cit.*, p. 10; SZMUCH, *op. cit.*, p. 28. PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 7.

⁷²¹ FOSSACECA y LÓPEZ POLETTI, *op. cit.*, p. 12; BUERES, *op. cit.*, p. 242; PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 10; SZMUCH, *op. cit.*, p. 31. “Dicho artículo ha suprimido la referencia a causas graves o de manifiesta utilidad que se encontraba presente en el artículo 37 de la Ley 14.394 [32]. Esto puede interpretarse como una cierta morigeración de la rigidez de parámetros para que el juez otorgue el permiso. Tal aseveración no impide la necesidad de dictamen del Ministerio Público, en su caso, en aras de verificar que el acto se justifique por el interés de la familia.”

f) Se encuentra exenta del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte siempre que opere a favor de los beneficiarios mencionados en el artículo 246 y no resulte desafectada en el plazo de cinco años. Los trámites y actos relacionados con la inscripción y constitución no pueden ser objeto de impuestos y tasas. Verbigracia, no podría aplicárseles los timbrados ordinarios de los Registros locales de la Propiedad Inmueble (art. 252 del CCC). Los funcionarios o empleados que integran la administración pública deben asesorar, informar o prestar su colaboración de manera gratuita a los interesados que se apersonen a fin de concretar los trámites relacionados con la constitución, inscripción y cancelación de la afectación (art. 253 del CCC). Se ha tratado de poner un límite común en todo el territorio de la República Argentina en materia de honorarios y evitar la invasión de un ámbito que le compete de manera propia a las legislaturas locales, por consiguiente, los honorarios de los profesionales intervinientes en el trámite de constitución no pueden ser superiores en conjunto al uno por ciento de la valuación fiscal. En cambio, se ha elevado el tope en los juicios de transmisión hereditaria de la vivienda afectada y en los concursos preventivos y quiebras, no pueden exceder los honorarios el tres por ciento de la valuación fiscal (art. 254 del CCC).⁷²²

g) La desafectación y la cancelación de la inscripción proceden: 1) a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscripta se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente; 2) a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez

⁷²² BUERES, *op. cit.*, p. 243 y ss.; FOSSECECA y LÓPEZ POLETTI, *op. cit.*, p. 13 y ss.; PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 10.

debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos; 3) a requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con los mismos límites expresados en el inciso anterior; 4) a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en el capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios; 5) en caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada en el capítulo, con los límites indicados en el artículo 249, su motivo se basa en el límite al ejercicio de derechos individuales sobre bienes previstos que contempla el artículo 240. La utilidad pública que da lugar a la expropiación prevalece sobre el interés privado protegido. El fundamento radica en lograr la desafectación a través de la expropiación para evitar que la afectación al régimen entorpezca la procedencia de la misma. La desafectación al igual que la afectación procede mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble y puede efectivizarse por acta registral, por oficio o por acta notarial. (art. 255 del CCC).⁷²³

Además, en forma específica protege a la vivienda que conforma el espacio habitacional de una familia, independientemente del tipo familiar que se elija. Las personas eligen de qué modo ejercer su derecho a formar una familia: o bien bajo el tipo matrimonial o a través de la conformación de una unión convivencial, con la morfología y requisitos exigidos por los artículos 509 y 510 del Código Civil y Comercial y, si bien la registración de las uniones convivenciales es exigida solo a los fines probatorios (arts. 511 y 512 del CCC), salvo, justamente, para obtener la protección de la vivienda familiar prevista en el artículo 522 del CCC.⁷²⁴

⁷²³ FOSSACECA y LÓPEZ POLETTI, p. 16 y ss.; BUERES, *op. cit.*, p. 244; PANDIELLA MOLINA, p. 10; SZMUCH, *op. cit.*, p. 31. "El artículo 255 del CCC, de manera taxativa, enumera aquellas situaciones a través de las cuales procede la desafectación y cancelación de la inscripción, cuya principal característica radica en que los efectos cesan respecto de todos los sujetos"

⁷²⁴ HERRERA, M. y PELLEGRINI, M. (2015). "La protección a la vivienda familiar en el Nuevo Código Civil y Comercial". En *Revista La Ley*. Buenos Aires: La Ley, p. 2.

La regulación de la protección de la vivienda en el matrimonio (art. 456 del CCC) como en las uniones convivenciales (arts. 518 y 522 del CCC) hace notablemente al derecho a la igualdad de todos los habitantes y la necesidad de un Código para una sociedad multicultural.⁷²⁵ Hace varios años, el más alto tribunal de nuestro país sostuvo que “la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social sería inicu desamparar a los núcleos familiares no surgidos del matrimonio”.⁷²⁶

En ambos supuestos, es decir, se trate de matrimonios o uniones convivenciales, se garantiza la protección del inmueble sobre el cual se asienta y desarrolla el proyecto de vida familiar común en diversos sentidos: a) en las relaciones entre los miembros de la pareja, matrimonial o convivencial, esto es, en el aspecto interno referido al asentimiento respecto a los actos de disposición sobre la vivienda; b) frente a los acreedores del titular o titulares de la vivienda, o sea, el aspecto externo, la inejecutabilidad de la vivienda familiar; y c) ante el cese o quiebre de la convivencia.⁷²⁷

a) Asentimiento para los actos de disposición sobre la vivienda

El artículo 522 del CCC establece que

Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si fuera prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de 6 meses de haberlo conocido y siempre que continuase la convivencia.

⁷²⁵ SANTANGELO, *op. cit.*, p. 255.

⁷²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, fallo del 8 de marzo de 1990, Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina (J.A, 1990 - II), p. 379.

⁷²⁷ HERRERA y PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 2.

En primer lugar, cabe destacar que la norma resulta idéntica a la prevista para el caso que se trate de una familia matrimonial (art. 456). Como innovación la protección no solamente se encuentra dirigida a los hijos menores o incapaces, sino que abarca a los convivientes sin hijos. El artículo 522 del CCC exige el asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda y de los bienes muebles indispensables en las uniones convivenciales inscriptas, ya que de lo contrario no existe esa limitación. El requisito de la registración de la unión convivencial para que opere la protección de la vivienda no es una exigencia constitutiva de la inejecutabilidad e indisponibilidad de la vivienda, sino que se impone únicamente para su oponibilidad a terceros de buena fe. Es por ello que entre los convivientes la indisponibilidad de los derechos sobre la vivienda no requiere ningún tipo de registración. Rige entre ellos desde el inicio mismo de la convivencia.⁷²⁸

El artículo en análisis mantiene la posibilidad de que el juez pueda autorizar la disposición del bien si fuera prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. En ese sentido, resultarán aplicables los principios establecidos por el artículo 458 y la autorización podrá ser otorgada en el caso que el conviviente esté ausente, sea una persona incapaz o con capacidad restringida, o esté transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia.⁷²⁹

Para que la anulación sea procedente deben cumplirse tres extremos: 1) que sea demandada por quien debió prestar el asentimiento; 2) que ella sea interpuesta dentro del plazo de caducidad de 6 meses contados desde

⁷²⁸ SANTANGELO, *op. cit.*, p. 255. En el mismo sentido opinan BUERES, *op. cit.*, p. 322. SZMUCH, *op. cit.*, p. 22; BUERES, *op. cit.*, p. 383. “La doctrina ha ponderado que los artículos 456 y 522 del CCC refieren a la disposición de los derechos sobre el bien, incluyendo entonces a los supuestos de otorgamiento de uso, usufructo, locación, comodato, cesión de herencia que incluya el inmueble, legados, entre otros”

⁷²⁹ SANTANGELO, *op. cit.*, p. 255; BUERES, A. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Artículos 401-723. Relaciones de familia*. Tomo II. Buenos Aires: Hammurabi, p. 325.

que se conoció el acto de disposición; y 3) que al momento de invocarse la nulidad la convivencia no se haya interrumpido.⁷³⁰

b) Inejecutabilidad de la vivienda familiar, protección frente a los acreedores

Se establece en los dos modelos de familia la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio (art. 456, 2º párrafo, del CCC), o después de la inscripción de la unión convivencial (art. 522, 2º párrafo, del CCC.), excepto que ambos cónyuges o convivientes contrajeran la deuda de manera conjunta o asintió uno de ellos tal acto.⁷³¹ La incorporación de dicha norma fue juzgada como una solución protectoria del interés familiar puesto que el artículo 1277 del Código Civil de Vélez no lograba proteger a la familia de las deudas contraídas por uno de los esposos.⁷³²

Esta restricción a la agresión patrimonial por parte de los acreedores deriva de la condición de vivienda familiar del inmueble, independientemente de su afectación al régimen de protección de la vivienda previsto en el Capítulo 3 del Libro I, en los artículos 244 al 256 del CCC. Es decir, es una específica cobertura a la vivienda familiar sin necesidad de ninguna

⁷³⁰ SOLARI, N. (2017). *Derecho de las familias*. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, p. 319. En el mismo sentido opinan AZPIRI, J. (2016). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 241; AZPIRI, J. (2016). *Uniones Convivenciales*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 93; AZPIRI, J. (2016). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 133.

⁷³¹ HERRERA y PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 3.

⁷³² KEMELMAJER DE CARLUCCI, A (1993). *Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el Proyecto de Reformas al Código Civil (Decreto n° 468/92)*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina (JA – 1993- IV), p. 856; SOMER, M. (2001). *La tutela jurídica de la vivienda familiar en el régimen patrimonial del matrimonio*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina (JA- 2001- IV), fascículo 6, p. 31; LOYARTE, D. (2008). “Cesión de contrato y asentimiento conyugal”. En *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, p. 153.

afectación. Se limita a las uniones convivenciales registradas, pues tratándose de una situación fáctica, es necesario garantizar los derechos de los terceros que de lo contrario podrían resultar afectados.⁷³³

La excepción a la inejecutabilidad estará dada por el hecho de que la deuda sea contraída por ambos convivientes o que haya sido contraída por uno de ellos con el asentimiento del otro.⁷³⁴

c) Atribución de la vivienda familiar ante el cese o quiebre de la convivencia

El matrimonio o la unión convivencial puede finalizar por diversas causas, pero todas ellas conllevan la finalización de la vida en común (arts. 435 y 523 del CCC.). La atribución de la vivienda familiar puede establecerse mediante un convenio regulador en caso de disolución del matrimonio por divorcio (arts. 438 y 439 del CCC) o por pacto de convivencia en el caso de las uniones convivenciales (art. 514 del CCC), lo cual implica la posibilidad de que las partes en un acto de autonomía de la voluntad decidan al respecto. Esta facultad comprende también la posibilidad de fijar un canon locativo de acuerdo a la titularidad del bien o someterlo a un régimen de indivisión por tiempo determinado. En cuanto a su oponibilidad a terceros, debe seguirse la regla que fija el artículo 517 del CCC al requerir la necesidad de su inscripción en el registro establecido en el artículo 511 del CCC, como así también en el

⁷³³ HERRERA y PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 3. SANTANGELO, *op. cit.*, p. 263.

⁷³⁴ SANTANGELO, *op. cit.*, p. 264. "Quedará en la debida diligencia del acreedor comprobar que el deudor no se encuentra en una unión convivencial registrada, lo que seguramente podrá efectuarse en el registro correspondiente o bien incluir dentro de las cláusulas el asentimiento del conviviente. Resta preguntarse si la vivienda familiar podrá ser ejecutada respecto de las obligaciones por las cuales los convivientes responden solidariamente aun cuando sean contraídas por uno solo de ellos (arts. 461 y 521), aquellas necesarias para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes".

Registro de la Propiedad Inmueble local, lo cual demandará la suscripción de la escritura pública correspondiente.⁷³⁵

El artículo 526 del CCC prescribe que:

El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos: a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. El juez debe fijar el plazo de la atribución, el que no puede exceder de dos años a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 523. A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral. Si se trata de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose él obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato. El derecho de atribución cesa en los mismos supuestos previstos en el artículo 445.

Por consiguiente, a falta de pacto entre los convivientes este artículo establece la posibilidad que el juez atribuya el uso de la vivienda familiar. Las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta por el magistrado son : a) quien tiene a cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; o b) quien acredite extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. A diferencia de lo que acontece en el caso del matrimonio (art. 443 del CCC), la atribución judicial de la vivienda familiar en las uniones convivenciales

⁷³⁵ AZPIRI, *Uniones Convivenciales*, op. cit., p. 114; SOLARI, op. cit., p. 334. AZPIRI, *Incidencias del Código Civil y Comercial*, op. cit. p. 134.

tiene un plazo máximo de dos años establecido por la ley. Es decir, si la unión duró un año la atribución se limitará a ese plazo. En cambio, si la unión duró veinte años el uso de la vivienda familiar será atribuido a uno de los ex convivientes por un plazo de dos años.⁷³⁶

El límite de la atribución de la vivienda de dos años fijado en el artículo 526 se refiere a la relación entre los convivientes, pero ello no impide que se amplíe en virtud de la obligación alimentaria que también pesa sobre los progenitores extramatrimoniales. Quedará a criterio judicial determinar si la cobertura de este rubro “vivienda” integra la obligación alimentaria y se efectiviza sobre la misma vivienda que se venía utilizando, en garantía del mantenimiento de la situación fáctica y en beneficio de los hijos.⁷³⁷

La norma analizada prevé la posibilidad que, a pedido de parte, el juez fije una renta compensatoria a favor de aquel a quien no se le atribuye la vivienda. Muchos han criticado que la disposición no establece las pautas para la fijación de la renta compensatoria. También faculta al magistrado, a pedido de parte, a ordenar que el inmueble no sea enajenado durante

⁷³⁶ SANTANGELO, *op. cit.*, p. 265; Opinan en el mismo sentido BUERES, *Código Civil y Comercial...*, *op. cit.*, p. 336; MILLÁN, *op. cit.*, p. 155; FAMÁ, M. (2015). “El uso de la vivienda familiar al cesar la unión convivencial”. En *Revista La Ley*, 2015-B, p. 921; BUERES, *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, *op. cit.*, p. 385; SOLARI, *op. cit.*, p. 334. “El plazo de uso de la vivienda no puede ser mayor al que hubiere durado la convivencia, con un plazo máximo de dos años. Si bien esta norma, tiene su correlato en el matrimonio con el art. 443, y también el juez interviniente podrá limitar el plazo de la atribución de la vivienda, el artículo no fija un plazo tan escueto como los 2 años que se contemplan para los supuestos de uniones convivenciales.”

⁷³⁷ HERRERA y PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 4. “La atribución de la vivienda familiar es una restricción al derecho de propiedad por una razón de mayor peso: el principio de solidaridad familiar. Se trata de una afectación a soportar por el cónyuge o miembro de la unión convivencial a quien no le es atribuido el uso de la vivienda familiar porque se encontraría en mejor situación para poder proveerse otra. En definitiva, y tal como comenzó la presente columna de opinión, se trata de proteger al más débil o vulnerable de allí esta limitación resulta justificada. Aunque ello no significa que no pueda ser limitada temporalmente. Una vez más: los hijos son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores y el rubro vivienda integra tal obligación.”

el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos convivientes o que el inmueble en condominio no sea partido ni liquidado. Se establece claramente que la resolución judicial será oponible a terceros a partir de su inscripción registral. Dentro de los terceros se comprende al adquirente posterior a la inscripción de la atribución. Si se trata de acreedores de una deuda contraída durante la unión convivencial, se estima que la vivienda no responderá por las deudas en virtud de la inejecutabilidad establecida por el artículo 522 del CCC debido a que el acreedor sabía y conocía que dicho bien no formaba parte de su prenda común. Además, se contempla el caso del inmueble locado pudiendo el conviviente no locatario continuar ocupándolo hasta el vencimiento del contrato, en cuyo supuesto subsisten las obligaciones de pago y de garantías vigentes en el contrato de locación. Esta solución se aplica también para el caso del matrimonio en el artículo 444 del CCC, pero debemos destacar que para las uniones convivenciales este supuesto tiene carácter subsidiario, es decir, a falta de acuerdo en contrario.⁷³⁸

La atribución de la vivienda cesa en los mismos supuestos establecidos por el artículo 445 del CCC para el matrimonio, por lo que tendrá lugar por el cumplimiento del plazo establecido judicialmente, cuando varían las circunstancias de hecho que se tuvieron en cuenta al otorgarla, o cuando el conviviente beneficiario incurre en causales de indignidad.⁷³⁹

Si la unión convivencial o el matrimonio cesan por causa de muerte de alguno de los integrantes de la pareja, respecto de la vivienda familiar surgen diferencias debido a que los convivientes carecen de derechos hereditarios. Sin ser herederos los convivientes, cuentan con una protección a la vivienda, que regula el artículo 527 de CCC como “Atribución de la vivienda en caso

⁷³⁸ SOLARI, *op. cit.*, p. 338; SANTANGELO, *op. cit.*, p. 268; BUERES, *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, op. cit.*, p. 385. LLOVERAS, N. (2014). “Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura.” En *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia*. Buenos Aires: La Ley, p. 99; PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 11.

⁷³⁹ BUERES, *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, op. cit.*, p. 385; FAMÁ, “El uso de la vivienda...”, *op. cit.*, p. 921; SOLARI, *op. cit.*, p. 341.

de muerte de uno de los convivientes”, pero es una tutela más endeble y no es técnicamente un derecho real de habitación en los términos del artículo 2383 para los supuestos de matrimonio, aunque otorga cierta preferencia para continuar habitando la vivienda familiar. El artículo 527 dispone:

El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta.⁷⁴⁰

La ley ha brindado una mayor protección al cónyuge que al conviviente supérstite dado que en caso de convivencia la protección funcionará cuando el conviviente supérstite carezca de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, que se trate de un inmueble de propiedad del causante en su totalidad, sin que exista condominio con otras personas y que haya sido la última sede del hogar familiar. Además, si bien el derecho real de habitación conferido es gratuito, a diferencia del

⁷⁴⁰ MILLÁN, *op. cit.*, p. 145; MORÓN, A. (2015). “El derecho real de habitación viudal y del conviviente supérstite en el Código Velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación. Su extensión a bienes muebles”. En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: Thomson-La Ley, p. 124; SANTANGELO, *op. cit.*, p. 270; BUERES, *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, op. cit.*, p. 386; PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 11; OLMO, J. (2014). “Derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el Código Civil y Comercial de la Nación”. En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: Thomson-La Ley, p. 121. “De este modo, el conviviente tiene protegida la vivienda, pero su derecho es más débil que el derecho real de habitación gratuito reconocido al cónyuge supérstite, distinción que encuentra su justificación en la ya mencionada necesidad de compatibilizar la autonomía de la voluntad con el deber de solidaridad familiar”.

matrimonio no rige de pleno derecho. Debe solicitarlo expresamente y no es vitalicio, ya que su duración está limitada al plazo máximo de dos años. El derecho real se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta. En cambio, el derecho real de habitación gratuito del cónyuge supérstite no prevé causales de extinción.⁷⁴¹

⁷⁴¹ MORÓN, *op. cit.*, p. 124; MILLÁN, *op. cit.*, p. 145; LLOVERAS, “Uniones convivenciales...”, *op. cit.*, p. 99; SANTANGELO, *op. cit.*, p. 270; BUERES *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, *op. cit.*, p. 386; SZMUCH, *op. cit.*, p. 32; LORENZETTI, R. (dir.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 363. “Se trata de una adquisición legal que se regula también en el artículo 1894 del CCC y dispone: “Se adquieren por mero efecto de la ley, los condominios con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles y de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso, y el que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables; la habitación del cónyuge y del conviviente supérstite, y los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe”. Este derecho se adquiere *ipso iure*, sin necesidad de petición judicial. No debe confundirse que el derecho sea conferido *ministerio legis*, con que opere *ipso iure*. Para la publicidad y su correspondiente oponibilidad frente a los herederos y otros terceros resultará necesaria su invocación, que puede darse mediante presentación en el juicio sucesorio o bien como defensa frente a la solicitud de los herederos de desalojo del inmueble ya sea por la adjudicación del mismo a alguno de ellos o su enajenación. La doctora Herrera asevera que el conviviente supérstite tampoco debe contar con otros bienes suficientes, verbigracia: derivados de un emprendimiento o establecimiento comercial, que le permitieran el acceso, por ejemplo, mediante una locación, a una vivienda independiente. El derecho real de habitación gratuito *ex lege* del conviviente supérstite tiene fijado un plazo máximo de duración de dos años (art. 527). Si bien nada expresa la ley al respecto, esa limitación no rige, si al momento del fallecimiento del conviviente habita en el inmueble un hijo del conviviente supérstite que sea menor, incapaz o con capacidad restringida, mientras viva en el inmueble y sea menor o no recupere su capacidad. Más allá de ciertos reparos, pensamos que en ese caso el derecho de habitación tampoco se extingue si el supérstite constituye una nueva unión convivencial, pues no puede castigarse al niño por esa actitud de su progenitor (art. 2. 1. de la Convención sobre los Derechos del Niño). Para morigerar la lesión al derecho de propiedad de

IX. Conclusiones

El derecho romano destacó la importancia del domicilio conyugal como lugar de residencia común de los esposos para la constitución y el desarrollo de la vida familiar, pero no legisló sobre la protección de la vivienda.

Actualmente, los cambios socioculturales, la recepción constitucional del derecho a la vivienda, las transformaciones en las relaciones personales, los vacíos legales de la antigua Ley de Bien de Familia y la regulación de todas las formas familiares, ya sean matrimoniales o convivenciales, hicieron que se legislara de manera diferente la constitución y protección de la vivienda. La nueva legislación modernizó y amplió el antiguo régimen de la Ley 14.394, ya que admitió entre los beneficiarios a los convivientes que se encuentren registrados. Asimismo, requiere el consentimiento de ellos para la transmisión del inmueble afectado, la desafectación y la cancelación de la inscripción, incluye el tema de la subrogación real del bien por otro adquirido posteriormente y admite que el mismo constituyente puede ser beneficiario de la afectación y no es necesario que tenga familia. Todas estas reformas introducidas en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina resultan muy valiosas, ya que garantiza la protección del derecho a la vivienda familiar que es uno de los derechos humanos básicos e indispensables para el desarrollo de las personas, dado que no solo tiene un valor patrimonial sino también extrapatrimonial, porque le brinda amparo, intimidad y seguridad.

los sucesores aceptamos que una vez transcurrido el plazo de dos años de gratuidad el juez pueda, a pedido de parte interesada, imponerle al supérstite y, en su caso, a su conviviente una renta compensatoria por el uso del inmueble. Pero si incumplieran dicha obligación, no se podrá desalojar mientras el niño sea menor de edad y viva allí, pues por mandato constitucional prevalece el interés superior del niño respecto de la cuestión patrimonial!"

Bibliografía

ARANGIO RUIZ, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por J. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma.

AZPIRI, J. (2016). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi.

AZPIRI, J. (2016). *Uniones Convivenciales*. Buenos Aires: Hammurabi.

AZPIRI, J. (2016). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi.

BELLUSCIO, A. (1998). *Manual de Derecho de Familia*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma.

BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Reus.

BUERES, A. (dir.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*. Tomo I. Buenos Aires: Hammurabi.

BUERES, A. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Artículos 401-723. Relaciones de familia*. Tomo II. Buenos Aires: Hammurabi.

Cámara Nacional Civil, Sala G 23/03/93 (152-599). Buenos Aires, Ed. El Derecho, 1993.

GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889). *Cuerpo de Derecho*. Barcelona: Lex Nova.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo del 8/3/90, Buenos Aires, 1990, Jurisprudencia Argentina, (JA, 1990- II-379).

DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. (2001). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Valencia: Tirant da Blanch.

- DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma.
- FAMÁ, M. (2015). “Régimen patrimonial de las uniones convivenciales”. En *Revista Thomson Reuters sobre el Código Civil y Comercial*, Ed. Thomson Reuters.
- FAMÁ, M. (2015). “El uso de la vivienda familiar al cesar la unión convivencial”. En *Revista La Ley*. Buenos Aires, 2015-B.
- FERNÁNDEZ BAQUERO, M. (2004). “Aspectos sobre el matrimonio en el Derecho Romano Arcaico”. EN LÓPEZ ROSA, R. y DEL PINO TOSCANO, F. (eds.). *El Derecho de familia de Roma al Derecho actual*, Huelva: Universidad de Huelva.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2008). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Iustel.
- FOSSACECA, C. y LÓPEZ POLETTI, F. (2017). “El estudio de la vivienda única desde el punto de vista del Derecho de las obligaciones y de los Derechos Reales”. En *Revista de Derechos Reales*. Nº 16.
- GALLI FIANT, M. (2015). “Condominio entre ex convivientes y protección de la vivienda para los hijos”. *Revista Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ed. La Ley.
- GARCÍA GARRIDO, M. (1985). *Derecho Privado Romano. Instituciones*. Madrid: Dykinson.
- HERRERA, M. y PELLEGRINI, M. (2015). “La protección a la vivienda familiar en el Nuevo Código Civil y Comercial”. En *Revista La Ley*. Buenos Aires: La Ley.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A (1993). *Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el Proyecto de Reformas al Código*

Civil (Decreto nº 468/92). Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina (JA – 1993- IV).

LORENZETTI, R. (dir.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

LOYARTE, D. (2008). “Cesión de contrato y asentimiento conyugal”. En *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires.

LLOVERAS, N. (1993). *La protección de la vivienda familiar*. Tomo E. Buenos Aires: La Ley.

LLOVERAS, N. (2014). “Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura”. En *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia*. Buenos Aires: La Ley

MILLÁN, F. (2015). “Atribución de la vivienda ante la ruptura familiar”. En *ADLA*, 21.

MORÓN, A. (2015). “El derecho real de habitación viudal y del conviviente supérstite en el Código Velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación. Su extensión a bienes muebles”. En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: Thomson-La Ley.

OLMO, J. (2014). “*Derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el Código Civil y Comercial de la Nación*”. En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: Thomson-La Ley.

ORTOLÁN, M. (1873). *Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*. Tomo I. Madrid: D. Leocadio López Editores.

PANDIELLA MOLINA, J. (2015). “Protección de la vivienda y uniones convivenciales”. En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Ed. Thomson-La Ley.

PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, N. (1971). *Reglas de Ulpiano*.

Traducción, concordancia con otros textos clásicos y nota preliminar. Buenos Aires: Lerner.

PUJAL, M. (2004). “La concepción jurídica del matrimonio romano clásico”. En LÓPEZ

ROSA, R. y DEL PINO TOSCANO, F. (eds.). *El Derecho de familia de Roma al Derecho actual*, Huelva: Universidad de Huelva.

RIVERA, J. (1994). *Instituciones de Derecho Civil. Parte General.* Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

ROUILLÓN ALMEIDA, D. (2010). *Bases romanas justinianas del concubinato actual.* Lima: Fondo editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

SANTANGELO, M. (2013). “La protección de la vivienda familiar en las uniones convivenciales”. En *Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, N° 17, Buenos Aires, Ed. UCES.

SCHIPANI, S. (2007). *Código Civil de la República Argentina con la traducción de Ildelfonso García del Corral de las fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sarsfield en las notas.* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

SOLARI, N. (2017). *Derecho de las familias.* Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley.

SOMER, M. (2001). *La tutela jurídica de la vivienda familiar en el régimen patrimonial del matrimonio.* Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina (JA- 2001- IV).

Suprema Corte de Buenos Aires, SCBA, fallo C97295, 21/3/2012, “N., M.D. y otra. Adopción plena”, B 3901803, Buenos Aires, 2012.

SZMUCH, M. (2015). “Sobre algunos aspectos de la unión convivencial,

la protección de la vivienda y los pactos de convivencia”. En *Revista del Notariado del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires*, N° 919.

TORRENT RUIZ, A. (2005). *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Edisofer SL.

TORRENT RUIZ, A. (1995). *Manual de Derecho Privado Romano*. Zaragoza: Edisofer SL.

ZANNONI, E. (1998). *Derecho Civil: Derecho de Familia*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea.

Ubi dolor ibi vigiles: la lucha por el control del fuego desde la Antigüedad y el deber de prevención del daño

Por Mónica Villagra⁷⁴²

En 2020, Argentina se mantuvo en alerta con diez provincias afectadas con terribles incendios forestales en pleno auge de la pandemia que inmovilizó al mundo. Córdoba en llamas, atravesando su peor sequía desde 1975; las guardias bomberiles en vilo; pérdidas de miles de cabezas de ganado; todo el ecosistema alterado; comprometidas seriamente las cosechas; el problema es acuciante. El Monitoreo Global de Bosques en base a los datos del mes de octubre de 2020 del sensor de un satélite de la Nasa arrojó que Argentina “ocupa el segundo lugar en el podio entre los países con mayor número de focos de incendios forestales”, con 175.000 has. bajo las llamas.⁷⁴³

⁷⁴² Profesora de Derecho Romano Cátedra “A” y Doctoranda de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.

⁷⁴³ En primer lugar, está Israel y, tercero, EE. UU. *Revista Weekend*, 7-9-2020, “Preocupante: la Argentina es el segundo país con mayor número de incendios forestales” Disponible en: <https://weekend.perfil.com/noticias/naturaleza/la-argentina-es-el-segundo-pais-del-mundo-con-mayor-numero-de-incendios-forestales.phtml>.

No olvidemos de que ya 2019 fue mundialmente un año en llamas, como sostiene la organización no gubernamental WWF: “El año 2019 pasará a la historia por el triste récord de incendios excepcionales en todo el planeta. La región ártica, Australia, Indonesia, Amazonia, Europa, Chile, California o África central ardieron en eventos de extrema intensidad”. Y anunciaba: “Lo peor está por venir”.⁷⁴⁴

El Reporte de Incendios del 20-10-2020, elaborado por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, indicaba simultáneamente diez provincias con focos de incendios: Córdoba, San Luis, Salta, Tucumán, Jujuy, Catamarca, Neuquén, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes. Salvo Tucumán y Jujuy, el resto se mantenía activo, es decir, con propagación libre y con posibilidad de crecimiento, pues aún no habían logrado ser controlados.⁷⁴⁵

En lo que respecta a la provincia de Córdoba, los incendios masivos, en forma alarmante, arrasaron con una superficie de más de 2000 km² de bosques equivalentes a “10 veces el tamaño de la ciudad de Buenos Aires”: un verdadero “ecocidio” para la región. Fueron fuegos intencionales que se propagaron gracias a la “sequía histórica atribuida al cambio climático”, pues “2020 ha sido hasta ahora el año con menos lluvias en esta provincia desde que comenzaron los registros en 1955”.⁷⁴⁶

Si bien la situación en lo que va de 2021 fue contrastante para Córdoba, con terribles inundaciones⁷⁴⁷ que determinaron el fin de la sequía,

⁷⁴⁴ WWF. *El planeta en llamas. Propuesta ibérica de WWF para la prevención de incendios*, 2020, p. 1

⁷⁴⁵ Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Manejo del Fuego – Reporte de Incendios al 20-10-2020*.

⁷⁴⁶ SMINK, V. (2020). “10 veces el tamaño de la ciudad de Buenos Aires: los masivos incendios en la provincia de Córdoba que han causado un ecocidio en Argentina”. En BBC News. Disponible en: [10 veces el tamaño de la ciudad de Buenos Aires los masivos incendios en la provincia de Córdoba que han causado un ecocidio en Argentina](#) – en BBC News Mundo.pdf

⁷⁴⁷ ORIGLIA, G. (2021). “Córdoba: inundaciones, desbordes y destrozos por un fuerte temporal en el valle de Punilla”. En *La Nación*. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/cordoba-inundaciones-desbordes-destrozos-fuerte-temporal-valle-nid2571705/>.

Argentina continuó padeciendo gravísimos incendios que depredaron las bellísimas zonas de Río Negro y Chubut, como el Bolsón, Lago Puelo, El Maitén, Cholila, etc., al punto que, en los primeros dos meses del año “*fuieron afectadas más de 40.000 hectáreas*” y algunas casas y chacras debieron ser evacuadas.⁷⁴⁸

Este panorama tan actual nos moviliza a observar en retrospectiva cómo un bien tan preciado para el progreso de la civilización, el fuego, constituyó el punto de inflexión para el nacimiento de las primeras manifestaciones jurídicas del deber de prevención del daño, no solo en beneficio de la salubridad y el bien público, sino también respecto a intereses privados. Pretendemos honrar con nuestra ponencia la ardua labor de aquellos que, desde los vigiles de antaño, arriesgan o dejan su vida en esta cruel lucha contra las llamas.

I. Tierra, fuego y la doctrina de la *ekpyrosis*

Con magistral plasticidad, Ovidio nos muestra el gemir y la súplica trémula de la Tierra al consumirse bajo las llamas preluando el caos cuando, por la imprudencia de Faetón en el manejo del carro de su padre, Helios (Febo-Sol), en su errática caída, incendia todo el orbe de la Tierra (*Met.* II, 271-302):

La tierra nutricia, levantó hasta el cuello, reseca, el rostro aplastado. Se colocó la mano en la frente y, sacudiéndolo todo con un gran temblor, habló con voz quebrada, dirigiéndose a Júpiter: “Puesto que voy a ser destruida por la violencia de las llamas, permite que sea destruida por tus llamas y que el ser tú el causante alivie mi desgracia. ¡Mira esta cabellera quemada,

⁷⁴⁸ “Preocupación por nuevos incendios forestales en Río Negro y Chubut: las llamas llegaron a la zona urbana”. En *Infobae*, 10-3-2021. Disponible en: <https://www.infobae.com/sociedad/2021/03/10/preocupacion-por-nuevos-incendios-forestales-en-rio-negro-y-chubut-las-llamas-llegaron-a-la-zona-urbana/>.

tantas cenizas ardientes en los ojos, en el rostro! ¿... ésta es la recompensa de mi fertilidad y mi trabajo? ¿Para eso soporta las heridas del curvo arado y de la azada...? ...Ambos polos humean... Si perecen los mares, las tierras, los palacios celestiales nos confundiremos en el antiguo caos. Arrebata a las llamas lo que todavía queda y preocúpate del mundo”. Así dijo la Tierra y no pudo soportar más el calor, ni decir nada más, replegó el rostro sobre sí misma, sobre los antros cercanos a los manes...

El mito de Faetón era un tópico inveterado que, a partir del *Faetón* de Eurípides (s. V a. C.), había dejado identificados a Helios y Febo como dios sol, padre biológico de aquel, tal y como sería luego receptado en la poesía helenística y la romana. Mérope, rey de Etiopía, era su padre putativo y su leyenda constituía la *aitía* de la negra raza. El Libro II de *Metamorfosis*⁷⁴⁹ muestra cómo este hijo bastardo de Helios hace cumplir a su padre el juramento de prestarle su carro áureo y cómo, a causa del capricho y la imprudencia juvenil, provoca la destrucción de la tierra. El relato de Ovidio (*Met.* II, 1-325) tiene una fuerza desgarradora:

...los caballos se desmadran...corren sin guía por donde los lleva su impulso, chocan con las estrellas... tan pronto suben a lo más alto como se precipitan por cuevas y abruptos despeñaderos hasta las proximidades de la tierra... las nubes humean al abrasarse. Son presa de las llamas las tierras más altas, que se abren y se agrietan, y se secan al perder su humedad; los pastos blanquean, el árbol se quema con sus hijas y la mies reseca ofrece material para su propia destrucción...; perecen grandes urbes con sus murallas y los incendios transforman en cenizas pueblos enteros con sus habitantes. Los bosques arden al mismo tiempo que los montes, arde el monte Atos, el Tauro de Cilicia, ...Arde el Etna con doble incendio que no conoce límites y el Parnaso de dos cimas... y el Citerón, destinado a los ritos sagrados...; el Cáucaso arde...y el Olimpo...y los aéreos Alpes y el Apenino cubierto de nubes... Entonces Faetón ve el universo entero en llamas y no soporta tanto calor, respira un aire ardiente...nota que su

⁷⁴⁹ P. OVIDIO NASÓN (2008). *Metamorfosis Libros I-V*. Madrid: Gredos, p. 270 y ss.

carro se pone incandescente; ya no puede soportar las cenizas y las pavesas que desprende, se ve completamente envuelto por un humo ardiente...y es arrastrado a capricho de los caballos alados. Se cree que entonces obtuvieron el color negro los pueblos etíopes, al acumularse la sangre en la superficie del cuerpo; entonces se hizo árida Libia...El suelo se abre por todas partes... el mar se encoge...

Como podemos observar, la conflagración cíclica del mundo constituyó un tema recurrente en la Antigüedad grecolatina. Desde Heráclito,⁷⁵⁰ que consideraba al fuego como origen y fin de todas las cosas, hasta los estoicos, que creían en la inmortalidad del alma vinculada al fuego divino primitivo y hablaban del cataclismo final de los tiempos. El propio Séneca (*Nat. Quaest. 3, Praef. 5*) utiliza el término de *conflagratio*, como el momento de reabsorción de todas las cosas en la divinidad. Constituía un mito de eterno retorno del ciclo cósmico en el cual, a una *ekpyrosis* (absorción en el fuego), le seguía una *palingenesia* (restauración).⁷⁵¹ Por ello, “recordaba” Júpiter que, según los hados, “Habría de llegar un tiempo en el que el mar, la tierra y la residencia celestial serían arrebatados por las llamas y arderían y la trabajosamente construida mole del mundo sufriría” (*Ov. Met.* 1, 255).

Ese recuerdo o memoria de Júpiter, como marcador externo de intertextualidad, alude a la destrucción por el fuego ya inserta en la obra del epicúreo Lucrecio.⁷⁵² En su escatología cósmica en *De Rerum Natura* (V, 96),

⁷⁵⁰ “According to him, the universe was a perpetual cyclic flux, nothing remains the same for any period, but everything being in a state of constant change. The universe was a perpetual conflagration in which solid earth melted to water and evaporated into air, which sublimated into flame, and then as smoke and ash was precipitated again to earth to be rekindled into fire. He wrote, “This world is an ever-living fire, with measure of it kindling, and measures going out!” En <http://personal.kent.edu/~rmuhamma/Philosophy/PhiloHistory/heraclitus.htm>.

⁷⁵¹ SÁNCHEZ, M. (1984). “Athanasía en la tradición estoica”. En *Alfinge. Revista de filología*, Nº 2, p. 129-142.

⁷⁵² MORCILLO EXPÓSITO, G. “Faetón. Antes y después de Ovidio”. En *Anuario de Estudios Filológicos*, Vol. XXX, 269-280, Universidad de Extremadura, p. 273.

éste refiere a esa *conflagratio* por la cual “*ruet moles et machina mundi*”, poniendo de resalto los fenómenos meteorológicos apocalípticos previstos para el fin del mundo (*RN. V-VI*).⁷⁵³

La profecía de las sagradas escrituras (Zacarías, XIII, 7-9) revela un “bautismo de fuego” para el último día cuando, habiendo cortado de la faz de la Tierra dos terceras partes, una tercera, el “pueblo de Dios”, quedaría en ella, pero a esa tercera, el último día, “los fundiré como se funde la plata y los probaré como se prueba el oro”. Y, en el Apocalipsis de Juan (NT: 8: 7-12), se describe una *conflagratio* final:

El primer ángel tocó su trompeta, y granizo y fuego mezclados con sangre fueron lanzados sobre la tierra. Se incendió la tercera parte de la tierra, y se quemó la tercera parte de los árboles y toda la hierba verde. Entonces el segundo ángel tocó su trompeta, y una gran montaña de fuego fue lanzada al mar. La tercera parte de las aguas del mar se convirtió en sangre, murió la tercera parte de todos los seres que viven en el mar y fue destruida la tercera parte de todos los barcos. Entonces el tercer ángel tocó su trompeta, y una gran estrella cayó del cielo, ardiendo como una antorcha. Cayó sobre una tercera parte de los ríos y sobre los manantiales de agua. El nombre de la estrella era Amargura. Hizo que la tercera parte de las aguas se volviera amarga, y mucha gente murió por beber de esa agua amarga. Entonces el cuarto ángel tocó su trompeta, y se dañó la tercera parte del sol y la tercera parte de la luna y la tercera parte de las estrellas, y se oscurecieron. Así que la tercera parte del día quedó sin luz, y también la tercera parte de la noche.

Aún hoy existen científicos como Turok y Steinhardt que sostienen un modelo cosmológico ekpirótico acomodado en la teoría del Big Bang: “El

⁷⁵³ Cfr. GALZERANO, M. “*Ruet moles et machina mundi. La fine del monto nel De Rerum Natura*”. En Università degli studi Roma tre, Dipartimento di Studi Umanistici- Area di Studi sul Mondo Antico- Dottorato in Civiltà e Tradizione Greca e Romana (XXVIII Ciclo) en SSD: L-FIL-LET/04 Lingua e Letteratura Latina. Disponible en: https://arcadia.sba.uniroma3.it/bitstream/2307/5943/1/Ruet%20moles%20et%20machina%20mundi_Manuel%20Galzerano.pdf.

momento decisivo es la creación del Universo Big Bang caliente por la colisión de la brana mayor...con nuestra brana visible. Aunque el Universo puede existir por un tiempo indefinido antes de la colisión, el tiempo cósmico como normalmente está definido, comienza en el impacto (Khoury, Ovrut, Steinhart y Turok, 2001-3). A raíz de esa colisión, se libera energía cinética que se convierte en partículas elementales y en radiación caliente iniciando con ello la expansión de nuestro Universo”.⁷⁵⁴

Ante este panorama y en vistas de la crudeza de megaincendios que estamos padeciendo, teniendo en cuenta la definición que proporcionan las fuentes acerca de lo que se considera incendio forestal, es decir, al “fuego que se extiende sin control sobre terreno forestal, afectando a la vegetación que no estaba destinada a arder”,⁷⁵⁵ nos preguntamos: ¿Acaso este cambio climático al que asistimos no preludia la posibilidad del modelo conflagratorio anunciado? Si así lo fuere, consideramos prioritario, “orden del día”, prevenirlo. Es urgente frenar la degradación del ecosistema.

II. El panorama actual frente a los incendios de sexta generación

La FAO⁷⁵⁶ ha reconocido que “la proliferación de enormes incendios

⁷⁵⁴ MAYO SÁNCHEZ, D. (2016). “Especulaciones y controversias en la cosmología física contemporánea: el problema de la creación en la hipótesis del multiverso, un análisis histórico”. En *Revista Colombiana de Filosofía de la Ciencia*, Vol. 16, Nº 33, pp. 213-250, p. 39. Disponible en: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/science/newsid_1275000/1275346.stm; <https://it.vogon.today/quanti/simulazioni-di-big-bounce-sfidano-il-big-bang/2020/08/12/>

⁷⁵⁵ VILLALBA ONDURRIA, D. y PINTO, P. M. (2004). “La educación como herramienta fundamental en la prevención de incendios forestales”. En *Tabanque*, Nº 18, pp. 189-206, p. 192; Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Nación. *Estadística de incendios forestales 2016*, en junio de 2017, p. 7.

⁷⁵⁶ FAO 2020 Noticias. “La proliferación de enormes incendios forestales puede contribuir al calentamiento del planeta”. Disponible en: <http://www.fao.org/news/story/es/item/74235/icode/>.

forestales puede contribuir al calentamiento del planeta”. En tanto, la ONU informa que hay 350 millones de hectáreas que anualmente resultan afectadas por incendios –equivalente a la superficie de la India–,⁷⁵⁷ de los cuales el 95%⁷⁵⁸ son de origen antrópico y no natural. La relación que se observa es alarmante: a temporadas más secas e incendios más calientes, mayor extensión, duración e intensidad.

Las consecuencias del cambio climático son devastadoras:

(...) exacerba considerablemente las presiones inducidas por el hombre en la vida silvestre y las zonas protegidas (por ejemplo, la caza y el comercio insostenibles, y a menudo ilegales, de la fauna y flora silvestres y sus productos) debido a la modificación de los hábitats y el aumento de la prevalencia de amenazas tales como incendios, plagas y patógenos;⁷⁵⁹ (...) podría alterar el crecimiento de los árboles, la frecuencia e intensidad de los incendios y la incidencia de las plagas forestales y también podría aumentar los daños causados a los bosques por condiciones climáticas extremas, tales como sequías, inundaciones y tormentas.⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ <https://news.un.org/es/audio/2010/04/1389251>; <http://www.fao.org/spanish/newsroom/news/2003/21962-es.html>.

⁷⁵⁸ En España, cerca del 95 % de los siniestros tienen como causa principal la intención humana y la negligencia. Fuente: <https://app.mapfre.com/ccm/content/documentos/fundacion/prev-ma/revista-seguridad/06.Incendios-forestales.pdf>. Coincidente, el Servicio Nacional de Manejo del Fuego en Argentina indica que el 95 % de los incendios forestales se producen por acción humana y señala que, “entre las primeras causas, se encuentra el uso del fuego para la preparación de áreas de pastoreo, el abandono de tierras, las fogatas y las colillas de cigarrillo mal apagadas”. En *Infobae*, *op. cit.* Disponible en: <https://www.infobae.com/sociedad/2021/03/10/preocupacion-por-nuevos-incendios-forestales-en-rio-negro-y-chubut-las-llamas-llegaron-a-la-zona-urbana/>.

⁷⁵⁹ FAO, “La gestión de los bosques ante el cambio climático”, p. 15. Disponible en: <http://www.fao.org/3/i1960s/i1960s00.pdf>.

⁷⁶⁰ FAO, *op. cit.*, p. 9.

Tal como si fuera una cinta de *moebius* –deforestación, calentamiento de aguas, efecto invernadero, mayores sequías, voraces incendios que provocan, a su vez, deforestación, con las mismas consecuencias cíclicas e interminables–, es éste un círculo vicioso: “los incendios agravan el cambio climático y el cambio climático intensifica los incendios forestales”.⁷⁶¹ Intenta Greenpeace generar conciencia solidaria, sosteniendo que la actual crisis climática es la responsable de la subida de las temperaturas, de las olas de calor y de los períodos de sequía prolongados, que tienen como resultado la sequedad del suelo, lo que explica la evolución de los incendios hacia episodios más peligrosos, rápidos e incontrolables: un planeta más caliente y más seco.

Es nuestra responsabilidad, avalamos con nuestra postura, centrarnos en la prevención, la disuasión y la búsqueda de alternativas al uso cultural del fuego. Máxime cuando Hagelberg, experto en cambio climático del Programa de la ONU para el medioambiente, advierte que “los megaincendios bien pueden convertirse en una nueva normalidad a medida que las temperaturas globales continúen aumentando”.⁷⁶² No podemos soslayar que el período de 2010 a 2019 fue la década más caliente desde 1880⁷⁶³ y que en enero de 2020 hubo temperaturas record en Antártida con 20°, lo que produjo drásticos cambios en el fitoplancton, microorganismo productor de la mitad del oxígeno del planeta.⁷⁶⁴

⁷⁶¹ Greenpeace, “2019. El año en el que los grandes incendios forestales han evidenciado la emergencia climática”.

⁷⁶² Corte Suprema de Justicia de El Salvador, “¿Los grandes incendios son parte de una nueva normalidad?” En *Boletín Informativo Unidad de Medio Ambiente*: <http://www.csj.gob.sv/Comunicaciones/2020/02Febrero/Boletines/boletin%207%20de%20febrero%202020.pdf> (Consultado en 2020).

⁷⁶³ “El planeta arde: con 2019 culminó la década más caliente desde que se tienen registros.” En *France 24*, 15/1/2020. Disponible en: <https://www.france24.com/es/20200115-cambio-clima-planeta-crisis-omm-1>.

⁷⁶⁴ “La increíble temperatura en la Antártida que marcó un nuevo récord una semana después del anterior.” En *Infobae*, 13/2/2020. Disponible en: <https://www.infobae.com/america/medio-ambiente/2020/02/13/la-increible-temperatura-en-la-antartida-que-marco-un-nuevo-record-una-semana-despues-del-anterior/>; “Antártida: una ola de calor generó cambios drásticos en

En *Planeta en llamas*⁷⁶⁵ de la World Wildlife Fund (Fondo Mundial para la Naturaleza), al hablar de la nueva generación de incendios que arrasa los bosques del planeta, a los que denomina “superincendios” o “incendios de sexta generación”, afirma que constituyen una amenaza para el medioambiente y también para las personas. Ante esta realidad, en la gestión de los bosques ante el cambio climático,⁷⁶⁶ la FAO concientiza sobre la necesidad de conservación de las reservas forestales de carbono mediante la reducción de la deforestación y la degradación forestal, aconsejando prácticas sostenibles de gestión y aprovechamiento de los bosques, respecto a: incendios, sanidad y vitalidad de los bosques, biodiversidad forestal, zonas protegidas y vida silvestre. Todo ello en pos de trazar directrices voluntarias para el manejo del fuego, es decir, “un enfoque integrado de gestión para la formulación de políticas nacionales que combinen la prevención, la capacidad de intervención y la supresión de incendios y la restauración forestal”.

Hay una disminución alarmante de la biodiversidad, según da cuenta el informe *Planeta Vivo* de WWF,⁷⁶⁷ pues en las 21.000 poblaciones de fauna cayó un 68% entre 1970 y 2016 –mayormente en Latinoamérica y el Caribe– confirmando, así, que la naturaleza está siendo transformada a una velocidad sin precedentes y con un costo muy alto para el bienestar del planeta y la humanidad, por lo que se hace necesario revertir la pérdida de biodiversidad ya que solo un planeta sano podrá garantizar un futuro saludable para todos. Como refiere Langer,⁷⁶⁸ es necesario tomar conciencia del impacto que los megaincendios producen en la fauna pues “los incendios forestales y el cambio climático son dos caras de la misma moneda. Menos bosques, más riesgos de zoonosis”.

microorganismos que producen la mitad del oxígeno del planeta.” En *Télam*, 5/2/2021. Disponible en: <https://www.telam.com.ar/notas/202102/543710-cambio-climtico-antrida-fitoplancton.html>

⁷⁶⁵ WWF, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁶⁶ FAO, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁶⁷ WWF, *Living Planet Report 2020. Bending the curve of biodiversity loss*.

⁷⁶⁸ Charla organizada por el Observatorio de Derecho Animal en <https://www.natalialanger.com/los-incendios-y-su-impacto-en-la-fauna-silvestre/>.

La pandemia que hoy nos aqueja no está ajena a dicha crisis pues las “zoonosis” son producto de esa ruptura con el medioambiente: *“Nature in declining globally at rates unprecedented in millions of years. Covid 19 is a clear manifestation of our broken relationship with nature. It is time we answer nature’s SOS... we will have a chance to put things right”*.⁷⁶⁹

Según el reporte de la FAO, se preveía que la población mundial aumente a 2.300 millones de personas entre 2009 y 2050.⁷⁷⁰ La explosión demográfica que proyecta la ONU hasta 2100 arroja guarismos alarmantes: para 2030 seremos 8.500 millones; en 2050, 9.700 millones; y, en 2100, 11.200 millones.⁷⁷¹ Hay dos grandes desafíos en nuestro siglo XXI: la alimentación y la salud de la población mundial. Solo podremos enfrentarlos tomando una actitud preventiva y precautoria.

El programa para el medio ambiente de ONU refiere que

en las últimas décadas, las enfermedades zoonóticas, aquellas transferidas de animales a humanos, han ganado atención internacional. El ébola, la gripe aviar, la gripe por el virus H1N1, el síndrome respiratorio del Medio Oriente (MERS), el virus del Nilo Occidental, el virus del Zika y el nuevo Covid 19 han causado pandemias o han amenazado con causarlas y han dejado miles de muertes y grandes pérdidas económicas. Los investigadores aún no han identificado el punto exacto en el que el virus SARS CoV 2 se transmitió de animales a humanos y se presentó en la forma de covid-19. Pero una cosa está clara: ésta no será la última pandemia. En 2016 el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) levantó las alarmas sobre el aumento mundial de las epidemias zoonóticas. Específicamente, señaló que 75 % de todas las enfermedades infecciosas emergentes en humanos son de origen animal

⁷⁶⁹ WWF, *Living*, cit., p. 4

⁷⁷⁰ FAO, “Cómo Alimentar al mundo en 2050. Foro de Expertos de Alto Nivel”, p.1. Disponible en: http://www.fao.org/fileadmin/templates/wsfs/docs/Issues_papers/Issues_papers_SP/La_agricultura_mundial.pdf.

⁷⁷¹ <https://www.un.org/es/global-issues/population>.

y que dichas afecciones están estrechamente relacionadas con la salud de los ecosistemas.⁷⁷²

III. La situación en la Antigüedad clásica

Si bien nos enfocaremos *brevitatis causa* en los sistemas de prevención y punición de los incendios en la Antigüedad, no podemos dejar de señalar la importancia de los estudios sobre ecología en el Mediterráneo Antiguo realizados por Hughes⁷⁷³ que precisamente analiza tanto los *Natural Disasters* como *The Changing Climates*, cuya lectura sugerimos.

Entre otros, se nos vienen a la mente incendios famosos como el de la legendaria Troya al ser vencida por los aqueos hacia el siglo XII a. C.; el incendio del Templo de Artemisa en Lidia en 365 a. C., coincidente con el natalicio de Alejandro Magno;⁷⁷⁴ la destrucción de la Biblioteca de Alejandría, cimiento de la cultura helenística; los incendios de Cartago durante la tercera Guerra Púnica; y más específicamente, la destrucción de la propia Roma en el 64 bajo el Imperio de Nerón, con la imagen del emperador tocando la lira ante el terrible espectáculo y su acusación a los cristianos de la que derivaría el inicio de sus persecuciones.

Los incendios eran una realidad cotidiana en la Antigüedad. Así, por ejemplo, sabemos que existía un bosque de coníferas y robles en la isla de Creta, pero los bosques de cipreses fueron desapareciendo debido a la tala excesiva y a los incendios. Tenemos registros también de otros incendios

⁷⁷² <https://www.unenvironment.org/es/noticias-y-reportajes/reportajes/coronavirus-llego-para-queedarse>.

⁷⁷³ HUGHES, J. D. (2014). *Environmental Problems of the Greeks and Romans: Ecology in the Ancient Mediterranean. (Second Edition). Ancient Society and history*. Baltimore: Johns Hopkins.

⁷⁷⁴ https://curiosfera-historia.com/historia-bomberos-origen-evolucion/#Evolucion_del_cuerpo_de_bomberos.

en palacios a los cuales debemos agradecer el haber “cocido” las tablillas, sellos, medallones, vasos, etc. con inscripciones jeroglíficas o en lineal A.⁷⁷⁵

Si miramos en retrospectiva hacia el caso romano, observamos que, de algún modo, sistematizaron el control del fuego desde época arcaica. Los autores clásicos como Juvenal, Séneca, Plinio el Joven, Tácito o Dión Casio nos dan cuenta de los graves problemas del fuego y la persecución de los incendiarios. Siempre existieron en la urbe muchos factores de riesgo que provocaban los incendios: iluminación nocturna, los sistemas de calefacción, el atestamiento de las *insulae*, la abundancia de uso de material ignífugo como el exceso de madera en las construcciones, etc.

Hay constancias sobre el uso de maquinaria para apagar incendios en el antiguo Egipto helenístico (s. III a. C.), y se sabe que en Egipto y en Grecia existían vigilantes nocturnos cuya misión, entre otras, era controlar y dar la voz de alarma en caso de incendio o delito.⁷⁷⁶ Pero recién encontramos la organización sistematizada más antigua y completa de brigadas de extinción de incendios durante el reinado de Augusto, el primer emperador.⁷⁷⁷

Al respecto, consideramos extremadamente valiosos los aportes de Zamora Manzano y de Fernández Rosáenz, en el marco del proyecto de investigación sobre derecho administrativo romano bajo la dirección del Dr. Antonio Fernández de Buján, a los que nos remitimos *brevitatis causa* y de los cuales tomaremos algunos de sus aportes.

El primero analiza cómo la administración romana se preocupó seriamente de la extinción y control de los incendios con “una represión jurídico-penal y administrativa enérgica, sobre todo a raíz del más grave,

⁷⁷⁵ MILÁN QUIÑONES DE LEÓN, M. S. (2008). *El nacimiento del Estado en la isla de Creta y el período protopalacial en Malia*. Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Filosofía y Letras, Departamento de Historia Antigua, Historia Media, Paleográfica y diplomática, Madrid, pp. 92-202.

⁷⁷⁶ Botia, J. M. “Origen del cuerpo de bomberos”. En *El Bombero*, Nº 13. Disponible en: <https://elbomberonumero13.files.wordpress.com/2015/09/origen-cuerpos-de-bomberos.pdf>.

⁷⁷⁷ HERNÁNDEZ DE LA FUENTE, D. (2019). “Vigiles: así eran los primeros bomberos de la historia”. En *La Razón*, 7/7/2019. Disponible en: <https://www.larazon.es/cultura/vigiles-los-primeros-bomberos-de-la-historia-BO24084225/>.

en época de Nerón, año 64 d. C., que calcinó el entorno urbano durante casi una semana, y se propagó con enorme virulencia como nos informa Tácito en Ann. 15. 38”.⁷⁷⁸

Fernández Rosáenz,⁷⁷⁹ a su vez, en un exhaustivo análisis del cuerpo de vigiles, resalta la doble función que tenían, tanto como policía nocturna cuanto de prevención de incendios. Nos enseña que: “La fuerza de ‘Vigiles’ sumó aproximadamente un tercio de la guarnición de Roma. En su concepción fueron una brigada urbana de incendios que debía además garantizar la seguridad de los ciudadanos. La prevención de incendios en Roma estuvo siempre ligada a la seguridad de la ciudad, ya que la mayoría de éstos eran provocados”.

Se observan antecedentes de tales funciones ya durante la República, durante la cual eran los magistrados quienes tenían la misión de tomar todas las medidas necesarias para combatir los incendios. Para el control del fuego designaban un colegio de tres miembros, los *tresviri capitales* (comisarios de policía), que cuando hacían rondas nocturnas eran *triunviri nocturni* (supervisores nocturnos). En cierta época agregaron como auxiliares a los *quinqueviri*, que se llamaron *cis Tiberim* o *Cistiberes* y solo tenían a su disposición un equipo de esclavos públicos. Luego, algunos particulares, gratuitamente o bajo contraprestación, ponían a disposición del Estado sus propios esclavos para reforzar el servicio oficial.⁷⁸⁰ Esa habría sido la primera brigada privada contra incendio. Al respecto, sostiene Plutarco en *Vitae*, habría propiciado situaciones abusivas: se ofrecía el servicio de control de incendio y, en forma extorsiva, solo lo apagaban si lograban obtener la venta del mismo inmueble a precio vil para luego lucrar con su alquiler. Éste habría sido el origen de la ingente fortuna del triunviro Craso.⁷⁸¹

⁷⁷⁸ ZAMORA MANZANO, J. L. (2016). “Situaciones de emergencia e intervención de la Administración romana: extinción y control de incendios.” En *Revista General de Derecho Romano*, 26, p. 2-3.

⁷⁷⁹ FERNÁNDEZ ROSÁENZ, A. (2004). “El cuerpo de vigiles.” En *Revista General de Derecho Romano*, 2, p. 3.

⁷⁸⁰ DAREMBERG, C. y SAGLIO, E. (1877-1919). *Le Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*. París, p. 867.

⁷⁸¹ https://historia.nationalgeographic.com.es/a/marco-licinio-craso-profugo-a-millonario_9031/3

Con el advenimiento de Augusto al poder, quiso reglamentar la institución bajo función estatal para evitar los daños de incendios y mantener la seguridad y frenar a los malhechores. Así es como en el año 22 a. C., ante un gran incendio, formó un cuerpo “oficial” de bomberos de 600 esclavos confiándolos a los *ediles*.⁷⁸² Además de ello, hacia el 19 a. C. el edil Rufo ofrecía también un servicio gratuito con sus propios esclavos. Dicha “gratuidad” tenía como finalidad política la de contar adeptos para las elecciones y poder ascender en el *cursus honorum*, lo que fue considerado una provocación.

Pero más adelante, frente a un incendio del año 6 a. C., el *Princeps* estableció una policía nocturna y un cuerpo especial de prevención de incendio que era el cuerpo de *vigiles*, con una conformación semejante al que había en Alejandría. Estos *vigiles* estaban al mando del *Praefectus vigilum*, que era una de las funciones más altas de rango ecuestre (D. 1. 15. 3) “para los supuestos de incendios cometidos por negligencia”.⁷⁸³

Llegaron a ser 7000 libertos especializados en técnicas de extinción, en un cuerpo de corte militar –aunque sin tener ese título en forma oficial hasta el siglo III– a los que, sin embargo, se los consideraba como una fracción de la armada permanente y tenían su propia *vexilla*, pero carecían de *signa*. Estaba conformado por siete cohortes bajo siete tribunos y contaba con puestos de guardia repartidos por zonas, además de rondas y patrullas, debiendo tenerse presente que, a partir de Augusto, ya había quedado dividida la ciudad en catorce regiones o distritos. Cada cohorte contaba con mil hombres al mando de un *Tribuno*, dividida en siete centurias y se responsabilizaba de dos regiones.⁷⁸⁴ La paga de estos bomberos era sostenida, según refiere Dion Casio (Dio. IV, 20-21), gracias a un nuevo impuesto: la *quinta et vicessima venalium mancipiorum*. Pareciera que también en las municipalidades existió, tanto en Oriente como Occidente, un servicio para extinción de incendios y policía nocturna, pero no se les llamaba *vigiles* sino que eran los colegios de *Fabri et de centonarii* que asumían esa misión.⁷⁸⁵

⁷⁸² DAREMBERG y SAGLIO, *op. cit.*, p. 867.

⁷⁸³ ZAMORA MANZANO, *op. cit.*, p. 7; DAREMBERG y SAGLIO, *op. cit.*, p. 867.

⁷⁸⁴ FERNÁNDEZ ROSÁENZ, *op. cit.*, p. 8-10.

⁷⁸⁵ DAREMBERG y SAGLIO, *op. cit.*, pp. 867-869.

Encontramos toda una organización sistematizada para el control de incendios con un orden jerárquico marcado dentro de la centuria a semejanza del ejército: el *optio*, lugarteniente del centurión; el *vexillarius*, semejante al *signifer* de la infantería; el *tesserarius*, encargado de recibir el “santo y seña” de parte del comandante. Otros realizaban servicios administrativos: el *comicularius*, el *commentariensis*, los *beneficarii*, el *arcarius*, los *librarii*, los *tabullarii*, los *codicillarii* y *tesserarii*. Otros estaban encargados de la intendencia y almacén: *horrearii*; de los baños, *a balneis*; de los sacrificios, *victimarius*; y de tocar la bocina, *bucinatores*.

Entre los especialistas, llamados *immunes*, para extinción de los incendios estaban: los *aquarii*, que formaban cadenas con cubos de agua traídos desde las fuentes (también conocidos como *spartoli*); los *siphonarii*, que manejan la bomba de Ctesibio; los *centonarii*, que ponían mantas empapadas con vinagre para ahogar las llamas; los *dollabrarii*, que llevaban el hacha para demoliciones; los *falcarii* que sacaban los escombros; los *uncinarii*, provistos de garfios; los *ballistarii*, que manejaban las catapultas; y, finalmente, los *emitularii*, que realizaban los servicios de salvación en los incendios tendiendo los *emitulae* o colchones para que no se accidentaran. Cada cohorte, además, contaba con cuatro *medici*, generalmente libertos griegos, con rango no militar pero superior a los *immunes*. También tenían importante función los *sebaciarii*, que eran portadores de antorchas para iluminar el lugar del siniestro y facilitar la extinción; además, se encargaban de la iluminación pública, al igual que de la de los cuarteles y puestos de guardia.

Como no gozaban de *status* militar, en el orden social resultó muy favorable el ser *vigil*, ya que mediante la *Lex Visellia* del año 24 se concedió plena ciudadanía y estipendio a quienes tuvieran seis años de servicio en dicho cuerpo y, más tarde, se redujo, mediante un senadoconsulto, a solo tres.⁷⁸⁶ Pasado ese tiempo, ya provistos de derecho a la ciudadanía, eran admitidos para la distribución pública de grano (*frumentatio*). Desde el siglo II comienzan a ingresar al cuerpo de vigiles *ingenui* y, desde Septimio Severo, son mayoría.⁷⁸⁷

⁷⁸⁶ FERNÁNDEZ ROSÁENZ, *op. cit.*, p. 13,

⁷⁸⁷ DAREMBERG y SAGLIO, *op. cit.*, p. 867.

No obstante, desaparecieron en el siglo IV, y el *praefectus vigilum* pasó a tener jurisdicción criminal. Éste había pasado a llevar, en el siglo II, el título de *perfectissimus*, a la vez que *eminentissimus* y, en el siglo IV, tuvieron rango de *clarissimus* (y más tarde, de *spectabilis*). Jerárquicamente, solo tenía sobre él al Prefecto de la *Annonae*, al de Egipto y al Pretorio.

Sus funciones están netamente definidas en el Digesto justiniano y eran de dos tipos: técnicas y judiciares. Como jefe judicial debía juzgar a los incendiarios, los ladrones, salvo casos más graves que estaban sometidos al *praefectus urbi*; castigar con azotes a los que habían causado incendios por negligencia o a los esclavos que forzaron una cerradura y robaron los objetos confiados a su vigilancia, o, incluso, buscar a los esclavos fugitivos. Con Trajano se nombró, bajo sus órdenes, un subprefecto para ayudar en tales tareas.⁷⁸⁸ En el Bajo Imperio, con Justiniano fueron reemplazados por *collegiati* (500) y se agregaron *curatores regionum* y *vicomagistri*.

Algunos vigiles se convertían en héroes, como fue el caso conmovedor que se dio en Ostia, puerto de Roma hacia el mar, donde murió un heroico vigil al rescate de personas atrapadas en un incendio y fue enterrado a expensas públicas. Pero otros no fueron quizás tan altruistas, pues parece que aprovechaban los incendios para efectuar saqueos, según refiere del anecdotario romano la historiadora Mary Beard.⁷⁸⁹

Para el acarreo de agua, en la época arcaica grecolatina se habría recurrido a lanzar agua recogida en humildes cubos de cuero y, hacia el siglo 440 a. C., se cree que se habría utilizado un aparato precario “hecho con intestino y estómago de bueyes que se usaban al modo de mangueras mientras que, el estómago o un saco de lona, servía de tanque o recipiente”. Pero luego, habiendo ganado altura los edificios, los antiguos “bomberos” se valieron de dos “avances tecnológicos”: a) la bomba aspirante-impelente diseñada por Ctesibio, un griego nacido en Alejandría s III a. C., y que, como luego fue mejorada en el siglo I a. C. por un romano, Herón de Alejandría, a quien se lo llamaba como Michanikós u hombre mecánico,⁷⁹⁰ se denominó

⁷⁸⁸ DAREMBERG y SAGLIO, *op. cit.*, p. 868.

⁷⁸⁹ BEARD, M. (2019). “Cómo era la vida de los romanos pobres cuando el Imperio era rico y poderoso”. En *Revista BBC History*, 23 marzo de 2019.

⁷⁹⁰ <https://www.iacolingenerios.com/los-equipos-contra-incendio-en-la-historia/>.

a partir de allí a la bomba “de Ctesibio-Herón”, la cual, instalada en pozos situados en varios sitios de la ciudad, lograban con ella extraer agua a considerable velocidad; b) el *sipho*, especie de jeringa gigante que constaba de un cilindro y un pistón que les imprimía presión; rellena de agua, podían proyectarla a cierta distancia. “Este tipo de ‘extinguidor’ se usó en Roma, allá para el año 300 a. C. y estaba en uso en Inglaterra para fines del siglo XII”.⁷⁹¹

De este modo había nacido en Roma “el primer servicio público especializado en el sector de la prevención y extinción de incendios, de los que descienden no solo los actuales Vigili del Fuoco italianos, sino posiblemente todos los cuerpos de bomberos del mundo... Su lema *Ubi dolor Ibi Vigiles* (Donde hay dolor, hay vigiles) da una muestra del verdadero sentido de su existencia”.⁷⁹²

IV. La punición de los incendios en la Antigüedad

Existen referencias en el mundo antiguo ya desde el Código de Hammurabi, que sancionaba a quien roba una cosa mueble en ocasión de incendio fortuito en casa de un tercero cuando iba a apagar el fuego y se condenaba a sufrir la misma pena: cremación.⁷⁹³ Es decir, si bien no es una regulación específica de control de fuego, castiga al robo en ocasión de incendio. Sí se condena la acción de incendiar, por ejemplo en el Antiguo Testamento, y se sanciona con la obligación de asumir la responsabilidad y la obligación de reparar: “Si estalla un incendio y se extiende a los espinos, de modo que

⁷⁹¹ VALDÉZ, M. “Historia de los bomberos.” Disponible en: https://www.academia.edu/35244486/Historia_de_los_bomberos.

⁷⁹² BOTÍA, J. M. “El origen de los cuerpos de bomberos. De la Prehistoria a los Vigiles.” Disponible en: www.bombero13.com.

⁷⁹³ GÓMEZ ROJO, E. (2011). “Historia jurídica del incendio en la Antigüedad y Medioevo.” En *Revista de Estudios histórico-jurídicos (Sección Historia del Derecho Europeo XXXIII)*, Valparaíso, Chile, pp. 321-373, p. 328.

las cosechas, amontonadas o en pie, o el campo mismo se consuman, el que encendió el fuego ciertamente hará restitución” (Éxodo. 22: 6).

En la Roma arcaica, específicamente en la Tabla VIII, 10, de la *Lex Duodecim Tabularum* (D. 47. 9. 9), se refiere al incendio en vivienda, construcción o depósito de grano junto a una casa: 1) si era doloso el incendio de casa o trigo, correspondía su punición al *Praefectus urbis* y se aplicaba la ley del talión, por tanto, de flagelación y cremación; 2) si era culposo, también correspondía al *Praefectus vigilum* y éste podía condenar a reparar el daño. La función era correctiva y también de prevención. De este modo, si, por ejemplo, el incendiario era insolvente, era *levius castigatur* y solo se procedía a darle azotes y apaleamiento.

Más adelante, la *Lex Cornelia de sicariis et veneficis* (81 a. C., época del dictador Sila) (D. 48. 8. 10) estableció al incendio doloso como delito público⁷⁹⁴ y se convirtió en una *quaestio* capital perseguible como atentado contra la vida ajena. Con Augusto, en la *Lex Iuliae de vi publica et privata* se condena el uso de la fuerza y los incendios como fuerza de crimen organizado (*coactio hominum*) y se sanciona con *el interdictum de aqua et ignis*.

En esa misma línea, consta también en las *Sententiae* de Paulo (5. 20) “*De incendiariis*” y “*De his quae per turbam fiunt*” (5. 3. 6): a) si era incendio en la urbe y con intención de robo, se imponía la pena capital; b) si había sido por *inimicitia* en entorno rural e incendio doloso, había dualidad en los castigos: a los *honestiores* se los castigaba con una *relegatio in insulam* y a los *humiliores*, con trabajo forzado en minas; c) si era incendio accidental de viña, mies, árbol frutal u olivo, se condenaba a una indemnización según el daño estimado. Solo era responsable si el que causó el fuego no procuró evitar su propagación por las rachas de viento; d) si se trataba de un incendio en motín o tumulto, se condenaba por el *duplum*.

En el Digesto justiniano (9. 2. 27. 7-8) así como en la *Collatio* (12. 7. 1-2; 4-6) es muy abundante la casuística: a) en caso de incendio doloso, se mantiene la pena capital de cremación; b) se condena *ex lege Aquilia* (*damnum iniuria datum*, según Labeón), cuando el incendio es en arboleda o villa ajena –sin exigir ningún factor de atribución subjetivo– o a casa de

⁷⁹⁴ ZAMORA MANZANO, *op. cit.*, p. 17.

alquiler del vecino. Se responde no solo frente al dueño, sino también frente a los otros vecinos; c) si el incendio proviene de una quema de rastrojos en fundo propio que se propaga al vecino, si fue por obra de un esclavo, se establece la posibilidad de entrega noxal; d) el incendio de bosques es punido con una condena al duplo en época de Justiniano; e) también se condenó *ex actio de incendio ruina naufragio rate nave expugnata*, por el cuádruplo; f) En D. 47, 93, 7 es punible el *damnum incendi arcendi causa datum* cuando, al huir se la casa en llamas, se derriba la del vecino. Pero aquí no es pacífica la doctrina: para Labeón, se responde por *damnum aquiliano*, en tanto según Ulpiano –siguiendo a Celso– no habiendo ni dolo ni iniuria, estaría justificado (cfr. estado de necesidad).

No obstante, con estas medidas punitivas también se buscaba la anticipación y prevención valiéndose, por ejemplo, de normas edilicias. Así, en las *insulae* debía darse aviso expreso a inquilinos de la obligación de mantener una provisión de agua para combatir incendios, bajo apercibimiento de considerarlos incursos en negligencia. Existieron también casos de demoliciones ordenadas en forma preventiva para evitar incendios. Se propició la remodelación con materiales ignífugos (piedras) en el caso de las viviendas incineradas y también disponer una separación entre casas o limitar las alturas. Si se incumplía lo ordenado, procedía la demolición y la aplicación de sanción. En época de Constantino, se tomaron, asimismo, muchas medidas de preservación de los *horrea* o almacenes públicos para evitar incendios en ellos.⁷⁹⁵

V. Evolución en el derecho intermedio

La Edad Media muestra una “humanización de la naturaleza”, refiere Barros⁷⁹⁶ señalando que “el avance de la tierra cultivable, las talas y los

⁷⁹⁵ ZAMORA MANZANO, *op. cit.*, p. 27-30.

⁷⁹⁶ BARROS, C. (1999). “La humanización de la naturaleza en la Edad Media.” En *Edad Media. Revista de Historia*, Nº 2, p. 188. Disponible en: <file:///D:/Derecho%20Romano%202021/Dialnet-LaHumanizacionDeLaNaturalezaEnLaEdadMedia-197011.pdf>.

incendios son los peligros que acechan al bosque medieval”. La poda y la quema son gravemente denunciadas. En el siglo XIII, Alfonso X impide en general los fuegos incontrolados y castiga con pena de muerte a los que queman los montes. Durante la crisis agraria agudizada por la peste negra que acechó a la Edad Media, existió una alternancia entre “las habituales medidas proteccionistas con medidas ocasionales destinadas a favorecer la agricultura”.

Explica Valdeón Baruque en *Vida cotidiana en la Edad Media*⁷⁹⁷ que “los incendios estaban a la orden del día, constituyendo, trágicamente, un elemento casi cotidiano en la vida del hombre medieval. Sin duda la abundancia de la madera como material de construcción en las viviendas facilitaba su propagación. Ocasionados habitualmente por descuidos, los incendios eran a veces ordenados por la autoridad militar, como castigo en tiempo de guerra”. Como se observa, esa relación hombre-naturaleza “no era precisamente idílica” y la actividad humana provocaba, en ocasiones, un “deterioro del medio ecológico”, lo que explica las medidas jurídicas adoptadas, como ser en Castilla a partir del siglo XIII, para proteger los bosques. Se imponían penas severísimas a los que provocaran incendios o a quienes ejercieran una tala abusiva de aquellos, preocupándose, así, por mantener un equilibrio en el medio rural.

Pero aclara: “Mas no saquemos las cosas de quicio, detectando un incipiente espíritu ecologista en el Medievo. En realidad, el hombre de la Europa medieval nunca tuvo conciencia de que los recursos de la naturaleza eran precarios y de que una actuación suya desmedida podía tener consecuencias fatales”.

En cuanto a la extinción y punición de los incendios, exaltamos, al efecto, para el estudio diacrónico del derecho intermedio, el artículo de Gómez Rojo “Historia Jurídica del incendio en la Edad Antigua y en el ordenamiento medieval castellano. Implicaciones urbanísticas y medioambientales”,⁷⁹⁸ que pondera cómo el derecho penal germano aportó nuevos criterios

⁷⁹⁷ VALDEÓN BARUQUE, J. (2004). *Vida cotidiana en la Edad Media*. Madrid: Dastin, p. 19-33.

⁷⁹⁸ GÓMEZ ROJO, *op. cit.*, p. 321-373.

de valoración de la conducta delictiva incendiaria. Sobre ello basaremos sucintamente este acápite.

Nos enseña que se consideraba “bien mueble” a todo aquello que se puede destruir por acción del fuego y que, además, la condena al delito de incendio implicaba un tipo delictivo que no estaba orientado específicamente a la defensa de bienes jurídicos personales, sino, esencialmente, “a la tutela de un bien inmaterial y supraindividual como es la paz pública”.

En el Edicto de Teodorico, la *inimicitia* es constitutivo del tipo delictivo, y no se hace diferencia si es el incendio en edificio urbano o zona rústica. La pena de cremación es para los de peor *status*, mientras que a los ingenuos solo se los condena a pagar el doble del valor de los daños, y para el caso de insolvencia, la pena es de azotes y *relegatio perpetua*. Si es incendio culposo, solo paga los daños.

Por su parte, en el *Liber iudiciorum* (VIII, 2) hay normas que provienen del Código de Eurico para visigodos e hispanorromanos. En *De incendiis et incensuribus*, la casuística es muy numerosa y, entre ella, se distinguen los incendios en casas de poblado y en los montes. Éste constituye el precedente para la regulación diferenciada por su mayor peligrosidad: a) incendio ocasionado en un bosque o la quema de árboles llevan sanción diferente si el autor es libre o esclavo: el libre recibe 100 latigazos y debe indemnizar lo que consideren los “omes buenos”, mientras que si es un siervo la sanción es el doble (más 150 latigazos) y se puede optar por efectuar la entrega noxal; b) si es solo incendio por imprudencia (o culposo) se indemniza solo el daño causado; c) en caso de incendios de frutales, cultivos y plantación de trigo, tenía una regulación protectora y llevaba indemnización de daños según el valor de las cepas. En el derecho medieval local y territorial se regula la reparación de daños. En general, se debe causar efectivamente perjuicio y se presume la culpabilidad. Resultaron protegidos, especialmente, los cultivos de la vid y toda clase de árboles (Fueros de Béjar, Soria, Cuenca, Cáceres, Usagre, Zamora, Andújar, etc.).

A partir de Alfonso X, en el ordenamiento castellano y a través del Fuero Real se dedica un título para el delito de incendio en “*De las fuerzas e de los dannos*”: a) para el delito de incendio doloso, se prevé como castigo la cremación además de la indemnización; b) si solo fuera fuego ocasional, paga los daños según valoración entre *omes buenos*. En las Siete Partidas hay una

casuística inmensa que excedería los márgenes del presente trabajo para explorar con detenimiento. En general, cuando se han asociado para incendiar casas o plantaciones ajenas, se los condena a pagar daños, además de recibir el destierro a perpetuidad, si es hidalgo u hombre honrado, y a ser quemado, si es de menor condición. También distingue si se incendia casa en poblado o no y si son incendios dolosos o culposos. Entre éstos, por ejemplo, si se derriban casas para impedir la propagación del fuego. En las Ordenanzas de Cortes se establece específicamente la pena de cremación: “que no pongan fuego a los montes so pena de echarlo dentro” o “al que lo haga se le eche al fuego”.

En cuanto a la historia de los bomberos durante la Edad Media existe una gran laguna pues “muy poco se sabe del Cuerpo de Bomberos durante el período de tiempo comprendido por los siglos tercero al décimo de la edad media. Como casi todas las ciencias y las artes, la ciencia de combatir incendios cayó en la obscuridad del olvido, poco después del colapso del Imperio romano, para resurgir de nuevo entre el esplendor del renacimiento, a mediados del siglo XIV”.⁷⁹⁹ Los restos de una bomba de 1650 años, utilizada por los romanos para apagar el fuego, fue encontrada en 2004 y “se considera el testimonio más antiguo de la historia de los bomberos”.

VI. Breve reseña diacrónica de las edades Moderna y Contemporánea

En la Edad Moderna, hacia el siglo XVI se mejoró la eficiencia y seguridad de los bomberos con varios inventos: en 1518, Blatner construyó el primer carro bomberil en Augsburgo, que contaba con una bomba y estaba tirado por caballos, hasta que en 1672 Van Der Heijden inventó “la precursora de la moderna bobina de manguera de incendios”⁸⁰⁰ flexible y de ese modo el caballo no necesitaba más acercarse al fuego. “Newsham

⁷⁹⁹ VALDÉZ, *op. cit.*

⁸⁰⁰ <https://www.iacolingeneros.com/los-equipos-contra-incendio-en-la-historia/>.

patentó en 1721 la primera bomba contra incendios accionada por dos hombres, uno a cada lado, subiendo y bajando una palanca”, que podía lanzar 12 litros de agua por segundo hasta los 40 mts. de altura.⁸⁰¹

En España, Juana la Loca crea el primer cuerpo de bomberos en 1515. En Francia surge en 1716, y Napoleón Bonaparte, en 1810, habría creado un cuerpo de bomberos profesionales, los *sapeurs-pompiers*, dentro del cuerpo de ingenieros del ejército francés. En Estados Unidos se crea un cuerpo de bomberos voluntarios en 1736.⁸⁰²

En nuestro país, fueron los inmigrantes italianos en el barrio de la Boca los que formaron el primer cuerpo de bomberos voluntarios. “La conformación de las primeras asociaciones de bomberos voluntarios fue la respuesta adaptativa de los vecinos organizados frente a dificultades y peligros concretos que enfrentaban a diario”, cuando, a consecuencia de un incendio en el año 1884, en una casa de dicho barrio, el vecino Tomás Liberti invitó a la formación de una asociación de bomberos para que “en los momentos de peligro salven nuestros bienes y a nuestras familias”. Se reunieron el 2 de junio de 1884 y quedó asentado así el Día del Bombero Voluntario mediante la Ley 25.425 en el año 2001, honrando aquella fecha. Se extendió el número de asociaciones en todo el país y en los años 60 surgieron las primeras federaciones de bomberos voluntarios. En 1988 se conformó el Consejo de Federaciones de Bomberos Voluntarios de la República Argentina (CFBVRA), como organismo representativo de tercer grado. Diez años después, se sancionó la Ley 25.054, sentando principios y una normativa común.⁸⁰³

No obstante, dentro de los servicios de la Policía local, como en el caso de la provincia de Córdoba, también existe una División Bomberos, oficial y no voluntaria, dependiente de la Subjefatura de Policía que “se ocupa de la planificación, organización, coordinación, ejecución y control de

⁸⁰¹ <https://ele.chaco.gob.ar/mod/book/tool/print/index.php?id=74714&chapterid=2282>; <https://www.iacolingenieros.com/los-equipos-contra-incendio-en-la-historia/>.

⁸⁰² https://curiosfera-historia.com/historia-bomberos-origen-evolucion/#Evolucion_del_cuerpo_de_bomberos.

⁸⁰³ <https://www.bomberosra.org.ar/snbv-historia>.

las actividades de socorro de las personas y la propiedad, amenazadas o afectadas por incendios, inundaciones, derrumbes y otros estragos, con jurisdicción en todo el ámbito de la Provincia”⁸⁰⁴.

Con este pantallazo, retomamos nuestro enfoque hacia el control de los incendios y megaincendios que están devastando nuestras tierras, para insistir en la imperiosa necesidad de aplicar el principio precautorio y de prevención que postulan las normas de raigambre constitucional y supralegal del derecho ambiental.

VII. Los principios de prevención y de precaución en la actualidad

En los tratados internacionales se han asentado numerosos principios ambientales como lo son los de: congruencia, prevención, precaución, progresividad, responsabilidad, subsidiariedad, sustentabilidad, equidad intergeneracional, solidaridad, cooperación, *in dubio pro natura* y de no regresión. Salvo estos dos últimos, que aún no han sido incorporados expresamente en nuestro sistema, los restantes encuentran sustento en la legislación nacional y local.

Al efecto, Lorenzetti señala que “el principio recepta los valores y ordena cumplirlos (...) es una norma jurídica *prima facie*, es decir, inacabada, no contiene un supuesto de hecho ni es determinado, sino por el contrario, es abierto (...) es un mandato de optimización, ya ordena la realización de un valor en el nivel más pleno posible”. Y con relación al precautorio, aclara que, como los principios tienen un carácter estructurante porque van formando un nuevo estadio regulatorio, “la introducción del bien ambiental o del principio precautorio o el de prevención modifican muchas otras reglas e instituciones del derecho”.⁸⁰⁵

Aquellos principios tienen una función integrativa, interpretativa, finalística,

⁸⁰⁴ <https://www.policiacordoba.gov.ar/dependencias/bomberos/>.

⁸⁰⁵ LORENZETTI, R. (2008). *Teoría del Derecho Ambiental*. México: Porrúa, p. 66-68.

delimitadora y fundante. Específicamente en cuanto a los de precaución y de prevención, es evidente que ambos resultan aplicación inmediata del precepto *alterum non laedere*, de los *tria nomina praecepta iuris* que esboza Ulpiano. Son estos, como dice Frúgoli,⁸⁰⁶ verdaderos principios generales del derecho universal.

Ya en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (Estocolmo, 1972) se sentó el derecho-deber de proteger y mejorar el medioambiente para las generaciones presentes y futuras. Posteriormente, en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) se establece como Principio 15 el “Precautorio”: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

A su vez, en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático ratificada por Ley 24.295, en su art. 3.3 se dispone que “las partes deberían tomar medidas de precaución para reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar los efectos adversos...” y en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (Ley 24.375 de 1994) se aplica dicho principio “cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica (...)”.

Resulta también interesante cómo se introduce la cuestión ambiental en la encíclica papal *Laudato Si: Sobre el cuidado de la casa común*,⁸⁰⁷ al comenzar con el canto de San Francisco de Asís alabando a nuestra madre tierra, la cual nos sustenta y gobierna, a la par que produce diversos frutos con coloridas flores y hierba. Recordemos –acotamos– las palabras de la tierra en el sentir ovidiano. Se sanciona como pecados contra la creación,

⁸⁰⁶ FRÚGOLI, M. A. (2009). “Daño ambiental y los principios generales del Derecho de Precaución y prevención. Reparación”. En revista *Derecho y Cambio Social*, N° 19, p. 2. Disponible en: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista019/dano%20ambiental.htm>.

⁸⁰⁷ http://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html.

expresamente “que los seres humanos destruyan la diversidad biológica en la creación divina; que los seres humanos degraden la integridad de la tierra y contribuyan al cambio climático, desnudando la tierra de sus bosques naturales o destruyendo sus zonas húmedas, que los seres humanos contaminen las aguas, el suelo, el aire”. Allí se hace referencia también a una “ciudadanía ecológica” y postula que no basta la norma jurídica y leyes, sino que requiere que la mayoría de los miembros de la sociedad la haya aceptado y tome sólidas “virtudes de compromiso ecológico”.

Lo cierto es que, más allá del pensamiento religioso de cada uno, consideramos valiosas las declaraciones papales en cuanto a que “los límites que debe imponer una sociedad sana, madura y soberana se asocian con previsión y precaución, regulaciones adecuadas, vigilancia de la aplicación de las normas, control de la corrupción, acciones de control operativo sobre los efectos emergentes no deseados de los procesos productivos e intervención oportuna ante riesgos inciertos o potenciales”.

Por todo lo que hemos expuesto, nos parece imprescindible –y prioridad absoluta– ejercer una *tutela anticipatoria* que no solo repare, sino que anticipe el daño y lo impida. La tutela anticipada, como podemos observar, tiene dos fundamentos: a) preventivo, frente al riesgo cierto; b) precautorio, en situación de peligro de daño grave o irreversible y aun ante la ausencia de información o certeza científica.

En nuestra Ley General del Ambiente (art. 4) se establece el “Principio precautorio”, pues “cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”. Como refiere el Dr. Lorenzetti,⁸⁰⁸ “el temor obliga a ‘ser proactivos’ antes que reactivos; anticipar los riesgos antes que reaccionar una vez que ellos produzcan daños graves o irreversibles”.

La jurisprudencia de nuestra CSJN confirma la vigencia de dicho principio. Así lo hizo el 5/9/17 en autos “Mamani, Agustín y otros c/Estado Provincial – Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos

⁸⁰⁸ LORENZETTI, *op. cit.*, p. 78.

Naturales y la Empresa Cram S.A. s/recurso” afirmando: “El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. (...) La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. (...) ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo, de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras”.⁸⁰⁹

Desde la vigencia de nuestro artículo 41 de la CN, que establece que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y sanciona que todos esos habitantes también “tienen el deber de preservarlo”, todo el conglomerado constitucional y de derecho sustancial se postula como protectorio del ambiente, la biodiversidad (variedad de ecosistemas, especies, genética) e, incluso, del paisaje.

La nación debe dictar presupuestos mínimos de protección ambiental y las provincias, complementarlo. Los artículos 4, 5 y 6 de la Ley General de Ambiente 25.765 establecen como prioritario el impedir la consumación del daño ambiental y el deber de preservación del ecosistema. Por lo que la regla de oro en el derecho ambiental serían los principios de precaución y prevención y la obligación de recomposición frente al daño ambiental.

Todo ello se reafirma en los postulados del Código Civil y Comercial actualmente vigente. La “columna vertebral del sistema común de derecho ambiental en el CCyC”, según expresa Cafferatta,⁸¹⁰ se encuentra en el artículo 240, que pone límite al ejercicio del derecho individual “en tanto sea compatible con derechos de incidencia colectiva”, y el artículo 241, que establece la obligación de respetar los “presupuestos mínimos” cualquiera sea la jurisdicción. Además, acorde al artículo 1078 acerca de las funciones de la responsabilidad y su aplicación a la prevención, reparación y sanción

⁸⁰⁹ <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7392781&cache=1506816050000>.

⁸¹⁰ CAFFERATTA, N. (2014). “Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación”. En *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial*, 17/11/2014, p. 32.

pecuniaria disuasiva, refiere Cafferatta que “todo el instrumento jurídico ambiental está orientado para evitar la consumación del daño”.

Del plexo normativo concorde y concordante, el artículo 1711 establece que “la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”, y solo se requiere una relación de causalidad, “sin factor de atribución”. El artículo 1716, a su vez, sanciona el deber de reparar.

Pero la *vedette*, indudablemente, es el “Deber de prevención del daño”, esto es, haber sentado el principio de prevención y precaución en la legislación positiva local sustancial. El artículo 1710 establece que

Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

Todo este conjunto del articulado de nuestra codificación actual resulta inmediatamente operativo para el derecho ambiental.

VIII. Lo urgente: represión y reparación ante los incendios forestales

Corresponde referirnos también a la represión del delito de incendio en el Código Penal en los artículos 186 y 189, ubicados en el Título VII acerca de “Delitos contra la seguridad pública”, capítulo I, “Incendios y otros estragos”, en los que se observa una importante casuística para la discriminación en la gradación de las penas, a saber:

Art. 186. El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido:
1º- Con reclusión o prisión de tres a diez años, si hubiere peligro común

para los bienes; 2º- Con reclusión o prisión de tres a diez años el que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio: a) De cereales en parva, gavillas o bolsas, o de los mismos todavía no cosechados; b) De bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodonales, yerbatales o cualquier otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados; c) De ganado en los campos o de sus productos amontonados en el campo o depositados; d) De la leña o carbón de leña, apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio; e) De alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes, ya sea en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfardados; f) De los mismos productos mencionados en los párrafos anteriores, cargados, parados o en movimiento; 3º- Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro para un archivo público, biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería; 4º- Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro de muerte para alguna persona; 5º- Con reclusión o prisión de ocho a veinte años, si el hecho fuere causa inmediata de la muerte de alguna persona.

Art. 189. Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio u otros estragos. Si el hecho u omisión culpable pusiere en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona, el máximo de la pena podrá elevarse hasta cinco años.

Es una triste realidad que muchos incendios tengan origen en la negligencia en el uso del fuego, pero muchos otros son incendios intencionados que buscan formas de conversión de uso de la tierra, sea para negocios inmobiliarios, sea para expansión de la agricultura, etc. Por ello, consideramos encomiable la intención del proyecto de Ley de Presupuestos mínimos de Protección ambiental para el Uso Racional y Sostenible de los Humedales, que busca, precisamente, desalentar los incendios provocados bajo el principio de protección ambiental. Una ley semejante arrojó resultados muy positivos en España.

Lamentablemente aún no tenemos ley. Pero sí debemos tener presente

que Argentina es parte del Convenio de Ramsar aprobado por las leyes 23.919 y 25.335, especialmente para humedales hábitat de aves acuáticas, y que, precisamente, el 2/2/21 se conmemoró el Día Mundial de los Humedales, a 50 años de la suscripción de este convenio y 30 de su aprobación por Argentina.⁸¹¹

Al menos en los casos de incendios de bosques nativos, la Ley 27.353 sobre “Sistema federal de manejo del fuego” establece actualmente en su artículo 22 bis que

en caso de incendios de superficies de bosques nativos, cualquiera sea el titular de los mismos, no podrán realizarse modificaciones en el uso y destino que dichas superficies poseían con anterioridad al incendio, de acuerdo a las categorías de conservación asignadas por el ordenamiento territorial de los bosques nativos de la jurisdicción correspondiente, elaborado conforme a la Ley 26331. Los bosques no productivos abarcados por la Ley 13.273 serán asimismo alcanzados por la restricción precedente.

Por último, destacamos el avance que ha implicado la Ley 25.831 de “Libre acceso a la información pública ambiental”, como así también la reciente ratificación del Acuerdo de Escazú,⁸¹² “Acuerdo Regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe”, en aplicación al “Principio 10” de la Declaración de Río de 1992. Como refiere Medici-Colombo:⁸¹³ “A la integración del derecho a un ambiente sano en las disposiciones de la CADH y a la consideración de las obligaciones instrumentales ambientales como obligaciones de derechos humanos de los Estados –a partir de la OC-23/17–, se suman ahora las disposiciones de este acuerdo vinculante, y, de esta manera, comienza a perfilarse un conglomerado de normas y principios

⁸¹¹ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/ambiente-celebro-el-dia-mundial-de-los-humedales>.

⁸¹² 203 Acuerdo Escazu.pdf.

⁸¹³ MEDICI-COLOMBRO, G. (2018). “El Acuerdo Escazú: La implementación del Principio 10 de Río en América Latina y el Caribe”. En *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. IX, Nº 1: 1-66-Monográfico, p. 56.

ambientales de funcionamiento sistémico con aspiración a formar una verdadera constitución regional ambiental”.

IX. Conclusiones

Hoy necesitamos más que nunca frenar la crisis climática. Vimos cómo desde la Antigüedad ha resultado necesario prevenir los efectos devastadores de los incendios. Roma fue señera tanto en la prevención como en la punición de los incendios, fueran dolosos o culposos, y en la reparación del daño provocado en ellos. El derecho intermedio fue más allá aún en la represión y en obligar a la reparación.

En las semillas del cuerpo de vigiles romanos se asientan nuestras asociaciones bomberiles y nuestro actual sistema de prevención de daños por incendios forestales. A éstos les debemos el ingente sacrificio que hacen para lograr combatir y sofocar las llamas ardientes arriesgando, en todo momento, su vida y su integridad física y moral. No podemos dejarlos solos en esta lucha. Debemos tomar conciencia, la sociedad toda.

Hoy nos urge proteger la casa común tal como exhorta la Encíclica *Laudato Si*. Es por ello que los Principios Protectorio y de Prevención en Derecho Ambiental devienen plenamente operativos, y su aplicación es prioritaria como aplicación de aquel máximo postulado de los *tria nomina praecepta iuris: alterum non laedere*.

Pero lo cierto es que, en la órbita del derecho ambiental, ese *alterum* no es la completamente opuesta “otredad”, sino que el ser humano mismo se encuentra allí inserto y forma parte de la biodiversidad a la cual debe resguardar. Lo contrapuesto es solo el interés “privado y egoísta” del hombre frente al “colectivo y solidario” de toda la vida terrestre, de la que el hombre mismo, indudablemente, forma parte.

Si aquél “deber de precaución” que postulamos opera no solo preventivamente sino aun ante la “incertezā”, como hemos visto reforzado en los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios, ¿acaso no está sentando la regla *in dubio pro natura*? Ante ello, ¿deberíamos revertir nuestra mirada antropocéntrica?

Consideramos acertadas en función del deber de prevención, precaución y en aras de la restauración todas las iniciativas para desincentivar los megaincendios que venimos padeciendo. Debemos abogar para que estos pequeños avances no tengan regresión, de modo que podamos garantizar a las futuras generaciones un mundo efectivamente mejor. Quizás sería necesario comenzar a dejar de mirar al cosmos y al mundo de forma antropocéntrica y revertir el pensamiento soberbio de supuesto señorío implantado desde el Génesis. Un nuevo lugar para el ser humano en armonía con la naturaleza.

Cabría meditar si los principios del derecho ambiental no solo son aplicables al derecho humano, sino también al derecho de individuos no humanos como eslabones de una biodiversidad que nos preserve, permitiendo la armónica convivencia de todas las especies y su cadena intergeneracional en nuestro *hábitat* común: *Tellus, Gea, Pachamama* o *Tierra*.

No obstante, reconocemos que dicha situación tiene dudosas aristas: ¿tendrían acaso “derechos”, bajo esa perspectiva “de máxima”, los virus, como este COVID-19 que nos aqueja, las bacterias, las pestilentes ratas, o los inmundos insectos, como una cucaracha? Ciertamente, la exageración en postular estos derechos aparecería como cuestionable. En ello, también, corresponde ser precavidos.



UFLO
UNIVERSIDAD

El presente libro recupera las ponencias presentadas en el VII Congreso de Principios Generales y Derecho Romano realizado en octubre de 2020.

El evento se lleva a cabo de forma anual en la Universidad de Flores, donde reconocidos expertos tratan distintas aproximaciones a la problemática que los reúne.

