

DERECHO
RINCIPIOS GENERALES
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 1

Cynthia Paola Acosta

Gabriela Marta
Alonsopérez

Mirta Beatriz Álvarez

María Elena Bazán

Daniel Bonjour

Emiliano J. Buis

Andrea Costa

Sebastián Cuenca

Susana Isabel Estrada

María Cristina Filippi

Yamila Fuentes Francis

Juan Carlos Ghirardi

Germán Giarocco

Norma Alicia Juárez

Favio Leonetti

Luis Aníbal Maggio

Gastón L. Medina

Elvira Méndez Chang

Laura Lilliana Micieli

Marilina Andrea Miceli

Patricia Silvina Mora

Noelia Morchio

Gabriela Victoria Morel

Grecia Sofía Munive

García

Alfonso Murillo Villar

Leticia Núñez

Soledad Andrea
Peralta

Norberto Darío Rinaldi

Julieta Salomé
Rodríguez

Luis Rodríguez Ennes

Mariana Verónica
Sconda

Giselle Trupia Verón

Francisco Valenzuela
Aránguiz

Adrián Gustavo Vedia

UFLO
UNIVERSIDAD

DERECHO
RINCIPIOS GENERALES
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 1

Cynthia Paola Acosta
Gabriela Marta
Alonsopérez
Mirta Beatriz Álvarez
María Elena Bazán
Daniel Bonjour
Emiliano J. Buis
Andrea Costa
Sebastián Cuenca
Susana Isabel Estrada
María Cristina Filippi
Yamila Fuentes Francis
Juan Carlos Ghirardi

Germán Giarocco
Norma Alicia Juárez
Favio Leonetti
Luis Aníbal Maggio
Gastón L. Medina
Elvira Méndez Chang
Laura Lilliana Micieli
Marilina Andrea Miceli
Patricia Silvina Mora
Noelia Morchio
Gabriela Victoria Morel
Grecia Sofía Munive
García

Alfonso Murillo Villar
Leticia Núñez
Soledad Andrea
Peralta
Norberto Darío Rinaldi
Julieta Salomé
Rodríguez
Luis Rodríguez Ennes
Mariana Verónica
Sconda
Giselle Trupia Verón
Francisco Valenzuela
Aránguiz
Adrián Gustavo Vedia

UFLO
UNIVERSIDAD

Universidad de Flores

Rectora

Arq. Ruth Fische

Facultad de Derecho

Decana

Dra. Cecilia Garau

Director de la carrera de Abogacía

Dr. Juan Carlos Carretero

2022.- 560 pág.; 15 x 23 cm.

ISBN: 978-987-710-116-4

Diseño de portada: María Cecilia Kowalewicz

Maquetación: María Cecilia Kowalewicz

© Editorial de la Universidad de Flores, 2022

Octubre de 2022.

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

Estudio sobre principios generales y derecho romano / Mirta Alvarez ; Norberto Darío Rinaldi. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad de Flores, 2022.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga

ISBN 978-987-710-116-4

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

CDD 340.54 1

Índice

Prólogo	9
Norberto Darío Rinaldi	

Crónica del VIII Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano	11
Mirta Beatriz Álvarez	

Conferencias

<i>Ius fetiale</i> y puesta en escena diplomática en la comedia plautina (<i>Amphitruo</i>, vv. 186-262)	14
Emiliano J. Buis	

¿Es la libertad de cultos un principio general del derecho?	40
Juan Carlos Ghirardi	

El <i>ius gentium</i> al Derecho Internacional westfaliano: sus diferencias y algunas consideraciones actuales	61
Elvira Méndez Chang	

Actualidad del derecho romano y su valor en la formación del jurista moderno 103

Alfonso Murillo Villar

El antirromanismo ilustrado 120

Luis Rodríguez Ennes

Ponencias

La dignidad humana, los derechos humanos, la presunción de inocencia y el aforismo de Ulpiano (“*Satius enim esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare*”, Digesto 48, 19.5) 161

Gabriela Marta Alonsopérez

Del *familiae emptor* en la *mancipatio familiae* a la figura del albacea en el Código Civil y Comercial de la Nación 200

Mirta Beatriz Álvarez

***Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus*. Consideraciones relacionadas a la servidumbre de acueducto en Roma y en el Código Civil y Comercial de la Nación** 225

María Elena Bazán, Norma Alicia Juárez

y Soledad Andrea Peralta

La relación *pater-filius*: desafíos en el ejercicio de la autonomía del menor 258

Susana Isabel Estrada

Sucesión *ab intestato* en la ley decenviral 277

María Cristina Filippi

**La dialéctica desde Platón y Cicerón
y su relevancia en el género judicial** 290

Germán Giarrocco

Foucault y las formas jurídicas 297

Luis Aníbal Maggio

El matrimonio romano: ¿situación o acto? 324

Gastón L. Medina

**Del negocio jurídico a las obligaciones:
cumplimiento y buena fe (primera parte)** 338

Equipo de Investigación de la Universidad John F. Kennedy:

Marilina Andrea Miceli (directora), Cynthia Paola Acosta,

Daniel Bonjour, Favio Leonetti y Leticia Núñez

**Del negocio jurídico a las obligaciones:
cumplimiento y buena fe (segunda parte)** 357

Equipo de Investigación de la Universidad John F. Kennedy:

Marilina Andrea Miceli (directora), Andrea Costa

y Sebastián Cuenca

**El juez debe conocer el derecho:
“iura novit curia”** 374

Laura Liliana Micieli, Adrián Gustavo Vedia

y Yamila Fuentes Francis

El deber de juzgar y el principio de razonabilidad como expresión del derecho a la tutela judicial efectiva. Antecedentes romanísticos 387

Patricia Silvina Mora

***Nasciturus*: persona por nacer. En el derecho romano, en el antiguo y actual Código Civil y Comercial y la nueva ley de interrupción del embarazo** 403

Noelia Morchio y Giselle Trupia Verón

La prescripción ayer y hoy 419

Gabriela Victoria Morel

Importancia del principio *pro homine* en el sistema jurídico mexicano 430

Grecia Sofía Munive García

El derecho a la salud y la información: un enfoque a partir de dos fallos judiciales 450

Julieta Salomé Rodríguez

La indignidad para suceder. Su origen en el derecho romano. Evolución y recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación 483

Mariana Verónica Sconda

La regla *periculum est emptoris*, la prestación de custodia y sus relaciones con el *synallagma* en el derecho romano clásico 527

Francisco Valenzuela Aránguiz

Prólogo

Por Norberto Darío Rinaldi

Presentamos esta obra que contiene la publicación de trabajos presentados en el VIII Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano organizado, como siempre, por la Facultad de Derecho de UFLO Universidad y el Instituto de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina “Dr. Ángel Enrique Lapieza Elli”, en el mes de octubre del año 2021.

Obligados por las consecuencias de la pandemia que atravesara la humanidad en esos momentos, el evento se realizó con modalidad virtual, lo que no impidió la entusiasta participación de numerosos profesores y especialistas argentinos, latinoamericanos y europeos, entre los que se destacan eminentes romanistas que dictaron conferencias en las diversas jornadas.

Es así que se incluyen en esta publicación la conferencia sobre la actualidad del derecho romano y su importantísima función en la creación de nuevos juristas dada por el Prof. Dr. Alfonso Murillo Villar, catedrático de la Universidad de Burgos y presidente de AIDROM; la disertación del profesor Dr. Juan Carlos Ghirardi, presidente de ADRA, que se interroga acerca de si la libertad de cultos fue un principio general del derecho romano; la del notable profesor de diversas

universidades argentinas Dr. Emiliano Buis, sobre importantes conceptos emergentes de las comedias plautinas; y el significativo aporte de la profesora peruana Dra. Elvira Méndez Chang sobre la relación entre el *ius gentium* y el Derecho Internacional westfaliano. Se incluye también la colaboración enviada por el catedrático de la Universidad de Vigo y Doctor Honoris Causa por UFLO Universidad, Luis Rodríguez Ennes, titulada “El antirromanismo ilustrado”.

Asimismo, en esta obra se recopilan los trabajos enviados por los diversos ponentes, que demuestran, una vez más, la importancia y difusión de los estudios romanísticos que realizan una serie de profesores e investigadores, entre los que cabe consignar la aparición de estudiosos jóvenes que prometen la perdurabilidad del derecho creado por los juristas de todos los tiempos.

La presente publicación está dedicada especialmente a rendir un postrero homenaje al eminente profesor chileno Alejandro Guzmán Brito, asiduo participante de estos congresos, que nos dejara en forma física recientemente. Nos consideramos herederos, junto al romanismo mundial, de su magna y prolífica obra científica, que nos sirve y guía a quienes fuimos sus amigos y admiradores y a las próximas generaciones que seguirán su doctrina.

Crónica del VIII Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano

Por Mirta Beatriz Álvarez

Los días 29 y 30 de octubre de 2021 se celebró, de manera totalmente virtual en razón de la pandemia del Covid-19, el VIII 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. Angel Lapieza Elli”.

A continuación de la ceremonia de apertura, se leyó la salutación del Prof. Luis Rodríguez Ennes, catedrático de la Universidad de Vigo (España) y Doctor Honoris Causa por UFLO Universidad, que no pudo conectarse pero envió el texto de su conferencia titulada “El antirromanismo ilustrado” para su publicación.

Luego, el Prof. Norberto Rinaldi se refirió a la figura del profesor, jurista e historiador Alejandro Guzmán Brito, recientemente fallecido, en un emotivo homenaje seguido de un minuto de silencio.

La conferencia inaugural fue pronunciada por el Prof. Alfonso Murillo Villar, catedrático de la Universidad de Burgos (España) y presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM), sobre

el tema “Realidad actual del derecho romano: su importancia en la formación del jurista moderno”.

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 “¿Es la libertad de cultos un principio general del derecho?”

Promediando la segunda jornada tuvo lugar la conferencia del Dr. Emiliano Buis, (UBA, UNICEN, CONICET) sobre el tema “*Ius fetiale* y puesta en escena diplomática en la comedia plautina (*Amphitruo*, vv. 186-262)”.

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 “Eel *ius gentium* y el Derecho Internacional westfaliano y algunas consideraciones actuales”.

Se expusieron y debatieron más de treinta 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 80 inscriptos, y durante todo el desarrollo del Congreso el promedio de conectados fue de entre 50 a 55 participantes.

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 Sud, Nacional de Entre Ríos, Nacional de Catamarca, Universidad del Este y Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino. También participaron profesores de la Universidad de Oviedo (España), de la Universidad Católica de Temuco (Chile), de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), de la Universidad de La

Serena (Chile), de la Universidad Nacional Autónoma de México y una profesora de Australia.

Estuvieron presentes el presidente y vicepresidente actual de ADRA, cinco presidentes eméritos de esta institución, el director del Instituto de Derecho Romano del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, el ex director y secretarios del Instituto de Derecho Romano del Colegio de Abogados de La Plata y el director y el secretario del Instituto de Derecho Romano y Cultura Clásica de la Universidad Católica de La Plata.

El comité académico estuvo integrado por María Elena Bazán (Universidad Nacional de Catamarca), José Carlos Costa (UBA, USAL, de Belgrano), Susana Isabel Estrada (Nacional de Tucumán y Católica de Santiago del Estero), María 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, 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 por el Prof. Norberto Darío Rinaldi (Instituto de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina “Dr. Angel Lapieza Elli”).

El evento contó con el auspicio de ADRA y se recibieron adhesiones del Instituto de Derecho Romano y Cultura Clásica (UCALP) y de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Durante el transcurso del Congreso se presentó el libro de las Actas del VII Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano 2020, que cuenta con formato digital.

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

***Ius fetiale* y puesta en escena diplomática en la comedia plautina (Amphitruo, vv. 186-262)**

Por Emiliano J. Buis¹

Introducción

Dado que las civilizaciones clásicas estaban permeadas de modo constante por la presencia de violentos conflictos armados, resulta una tarea productiva identificar los modos concretos en que el trasfondo bélico impactaba en la producción literaria de autores griegos y romanos. En el marco de un proyecto mayor interesado en las representaciones de las

¹ Abogado y Licenciado en Letras por la Universidad de Buenos Aires (Orientación en Letras Clásicas). Master en Historia y Derechos de la Antigüedad por la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne. Doctor en Letras Clásicas y Diploma de Posdoctorado en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular Regular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Profesor Adjunto Regular de Lengua y Cultura Griegas en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. Investigador Independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Contacto: ebuis@derecho.uba.ar.

relaciones interestatales en la comediografía grecorromana,² me interesa aquí, de modo particular, examinar cómo los dramas cómicos, tanto en la Atenas clásica como en la Roma republicana, se han valido de esas circunstancias coyunturales, proyectando en sus tramas aspectos referidos a las expansiones militares, las alianzas estratégicas y los acuerdos de paz vigentes.

De modo específico, el objetivo de esta contribución es focalizar la atención en una lectura particular de los vv. 186-262 de la comedia *Amphitruo* de Plauto, a los efectos de dar cuenta de las operaciones paródicas que allí se presentan respecto de la puesta en acto de las normas jurídicas en materia de declaración de guerra. Para ello, me ocuparé en un comienzo de sugerir la importancia de la apropiación de los discursos bélicos sobre la escena plautina; en segundo lugar, un breve análisis del pasaje concreto permitirá indagar en las estrategias particulares de incorporación de este material social, lo que me llevará a postular finalmente ciertas conclusiones referidas a la explotación literaria de la performatividad del discurso jurídico-diplomático en la comedia romana durante la República.

I. La textualidad de la guerra en las comedias plautinas

Varias son las comedias de Plauto en las que hay referencias concretas a los conflictos armados de la época, a veces de modo expreso y otras

² Este trabajo forma parte de mis investigaciones en el marco de mi plan actual en el CONICET, bajo el título "La materialización de la política exterior ateniense. Objetos, cuerpos y emociones internacionales en el drama cómico griego", y del Proyecto de Investigación UBACYT "Representar el *páthos*. Dinámicas emocionales y regulaciones afectivas en los testimonios literarios e iconográficos de la antigua Grecia" (Código 20020190100205BA) que dirijo en la UBA.

tantas mediante alusiones genéricas. Más allá de la presencia del soldado fanfarrón (*miles gloriosus*) como un personaje típico de su producción y como protagonista de una de sus obras más conocidas,³ hay menciones detalladas a la cosmovisión castrense y al papel de los combatientes a lo largo de todo el *corpus*.⁴ Baste citar el caso de piezas como *Captivi*, cuya trama se vincula con el tratamiento de los prisioneros de guerra, o *Poenulus*, centrada en parte en el tratamiento de extranjeros procedentes de Cartago. Esta insistencia en el trasfondo de la violencia armada, cabe señalar, no es sorprendente en el contexto de una escenificación teatral que es casualmente contemporánea de uno de los mayores despliegues del expansionismo romano (200-167 a. C.).⁵

Por lo demás, si la función de este *corpus* es producir la risa en los espectadores, parece natural concluir que estas alusiones representaban un mecanismo eficiente de humor, en tanto se trataba de obras representadas ante un público conecedor, de primera mano, de las prácticas y funciones del servicio militar.⁶

Entre las múltiples estrategias literarias empleadas por Plauto a la hora de apuntar a esa cosmovisión bélica y valerse de ella en términos humorísticos se encuentra la parodia del discurso oficial relacionado con los actos de guerra y los logros obtenidos en tiempos de campaña. Se trata del ritual de *supplicatio* mediante el cual, como parte de una celebración triunfal, se congratulaba a los líderes militares por haber conseguido que las legiones retornaran y que la *res publica* estuviera protegida.⁷ Un ejemplo de este juego, que se percibe en la comparación de los versos

³ Cf. WESTAWAY (1917: 26-32); HANSON (1965); MORENO HERNÁNDEZ (2007).

⁴ Para un rastreo de estas figuras relacionadas con el *miles* en los textos plautinos, ver MacCARY (1972) y PÉREZ GÓMEZ (2017).

⁵ Cf. BURTON (2020), quien se ocupa de analizar la importancia de las referencias a la guerra y al militarismo imperial en la comediografía plautina.

⁶ BURTON (2020: 302).

⁷ TORREGARAY PAGOLA (2018: 53).

plautinos con documentos romanos contemporáneos conservados epigráficamente, corresponde a unos versos del Acto V de *Persa*, en el que se describen con detalle, en boca de Tóxilo, las acciones bélicas y sus consecuencias (vv. 753-757):

*Hostibus victis, civibus salvis, re placida, pacibus perfectis,
bello extincto, re bene geste, integro exercitu et praesidiis,
cum bene nos, Iuppiter, iuivisti, dique alii omnes caelipotentes,
eas vobis habeo grates atque ago, quia probe sum ultus meum inimicum.
nunc ob eam rem inter participes didam praedam et participabo.*

Vencidos los enemigos, salvados los ciudadanos, tranquila la cosa (pública), realizados los tratados de paz, terminada la guerra, bien gestionadas las cosas, intactos el ejército y los cuarteles, ya que nos protegiste bien, Júpiter, y todos los otros dioses poderosos en el cielo, porque me vengué adecuadamente contra mi enemigo. Por esto ahora dividiré y compartiré el botín entre los participantes.⁸

De hecho, el detalle de las *res gestae* descritas por Plauto en el pasaje, con la insistencia en el justo triunfo sobre el adversario, hace resonar las fórmulas habituales empleadas para referir a victorias pasadas en los informes escritos que los generales remitían al Senado para obtener su voto del triunfo.⁹ Estas mismas estructuras se advierten en la terminología y expresiones empleadas en la tablilla triunfal de Tiberio Sempronio Graco (del 174 a. C.), cuyo texto reproduce Tito Livio en su narración de la historia romana (41. 28-8-9):

republica felicissimum gesta atque liberatis sociis, vectigalibus restitutis exercitum

⁸ La edición del texto latino corresponde a LEO (1895). Las traducciones al castellano, tanto aquí como en el resto de las citas transcriptas (con excepción de las propias de *Ampithruo*, que se consignarán oportunamente), me pertenecen.

⁹ HALKIN (1948: 301).

salvum atque incolumem plenissimum praedadamum reportavit; iterum triumphans in urbem Romam redit.

Felizmente gestionada la cosa pública, liberados los aliados, restituidos los impuestos, trajo el ejército salvo a casa y enriquecidos con el botín; de nuevo retornó triunfante a la ciudad de Roma.¹⁰

La comparación de ambos textos arroja interesantes conclusiones: el empleo de ablativos absolutos para describir de modo sintético los actos llevados a cabo, antecede el relato de la obtención del botín con el que se concluye exitosamente la operación militar.¹¹ Esto, evidentemente, se condice con las particularidades que conocemos de los cantos triunfales.¹² De modo semejante, una tablilla de piedra dedicada en Roma contiene una inscripción de Lucio Mummio –cónsul en 146 a. C.– en la que también hallamos referencias parecidas a la victoria mediante ablativos absolutos como antecedente del cumplimiento de la recompensa prometida a los dioses para el caso de que resultaran vencedores. El texto, editado como *CIL* 1² 626, hace alusión a los éxitos bélicos del año 145 a. C. y por lo tanto antecede por tres años la más conocida erección del templo de Escipión Emiliano:¹³

L(ucius) Mummi(us) L(uci) f(ilius) co(n)s(ul) duct(u) / auspicio imperioque / eius Achaia capt(a) Corint(h)o / delete Romam redieit / triumphans ob hasce / res bene gestas quod / in bello voverat / hanc aedem et signu(m) / Herculus Victoris / imperator dedicat.

¹⁰ El texto latino proviene de la edición de SAGE y SCHLESINGER (1938).

¹¹ Acerca de las controversias sobre los botines en esta época, ver GRUEN (1990: 129-137).

¹² Cf. FRAENKEL (1960: 228-230); GALLI (1987-1988: 135-38).

¹³ La inscripción fue hallada en 1786 en el monte Celio. Acerca del debate en torno de la ubicación del templo y su relación con el templo de Escipión, ver GRAVERINI (2001: 127-129). Sobre las dedicaciones bélicas de Lucio Mummio, ver el detallado estudio de LIPPOLIS (2004: 25-82).

Lucio Mummio, cónsul, hijo de Lucio. Bajo su liderazgo, auspicio y autoridad fue capturada Aquea y destruido Corinto, volvió a Roma triunfante. En recompensa por sus exitosas gestiones, como comandante dedicó lo que había prometido en la guerra, este templo y esta estatua de Hércules el Vencedor.

La repetición sobre la escena plautina de estos reconocidos enunciados vinculados con el relato de un triunfo guerrero debía resonar fuertemente en el oído de los espectadores, quienes serían capaces de comprender enseguida los ecos de un conjunto de estrategias discursivas generalizadas en el plano de las hostilidades.¹⁴ Ello, por supuesto, cobra especial relevancia en la puesta en acto de la comedia *Amphitruo* (“Anfitrión”) de la que me ocuparé. En la obra, de modo puntual, se revisita el campo semántico de la gloria de la conquista militar para dar cuenta de un trasfondo bélico del argumento, hábilmente manipulado en términos de metateatralidad, y de la importancia del establecimiento formal de comunicaciones diplomáticas a partir del envío de delegados especiales.

II. Sosias: *ius belli*, inversión y metateatralidad

Se ha reconocido frecuentemente, y con marcada insistencia, que *Amphitruo* es una comedia anómala si se tienen en cuenta los patrones del canon que ofrece el género. En efecto, presenta una trama de carácter mitológico en la que, de modo inesperado, los dioses aparecen como personajes. El inesperado éxito que parece haber tenido la pieza en la posteridad y la ausencia de un origen concreto en antecedentes de la comediografía griega (algo que ha hecho pensar a algunos especialistas que se trata casi de la única obra de la *palliata* que no tendría por base una obra de la Comedia Media o Nueva griega) son factores

¹⁴ PETRONE (2008-2009: 169).

que contribuyeron además al halo de extrañeza de que *Amphitruo* estuvo siempre rodeado a los ojos de las y los especialistas.¹⁵

Posiblemente representada durante la dedicación del culto de la *Magna Mater* en los *ludi Megalenses* en Roma durante la primavera del año 191 a. C.,¹⁶ la propia obra coloca en boca de Mercurio un término inédito que bien podría caracterizar la naturaleza heterogénea de la composición: el neologismo *tragicomoedia* (v. 59), que sirve para hacer referencia a todos los elementos trágicos (incluyendo la presencia de dioses y reyes) a los que recurre la *performance* cómica.¹⁷ Esta naturaleza mixta autorreconocida en la propia obra, que ha llevado a numerosos intentos por examinar su

¹⁵ STEWART (1958: 348).

¹⁶ MONTGOMERY (2016: 16-17) ha estudiado las referencias internas para concluir afirmando esta fecha. Los años clave referidos al culto de la *Magna Mater* en tiempos de Plauto giran en torno de su recepción en Roma en el 204 a. C. (una datación muy temprana), la puesta en escena del *Pseudolus* en 194 a. C. y la dedicación de su templo en el Palatino en el 191 a. C., quizás momento más propicio para intentar reforzar el culto en virtud de las críticas que ya rodeaban en ese entonces a quienes lo profesaban; cf. BOYLE (2006: 15-16). También se ha avanzado, como posibilidad, la hipótesis de que *Amphitruo* hubiera sido representada en el contexto de la inauguración del templo de Hércules Muságetes bajo encargo del cónsul Marco Fulvio Nobilior tras la batalla de Ambracia en la Liga Etolia (esto es, en el 189 a. C.); JANNE (1933: 519) llega a esa conclusión, lo que le permite comparar filológicamente el monólogo de Sosias con los testimonios procedentes de Tito Livio y Polibio para confirmar su lectura.

¹⁷ El propio texto de *Amphitruo* reconoce la anomalía de la presencia de los dioses para la comprensión de la obra como “cómica” (vv. 61-62): *nam me perpetuo facere ut sit comoedia / reges quo ueniant et di, non par arbitror* (“pues no me parece conveniente hacer que sea una comedia por completo en la que intervienen reyes u dioses”). SUÁREZ, BREIJO, PALACIOS y VÁZQUEZ (2012: 51-52) sostienen que esta “tragicomedia” no priva a la obra de su naturaleza cómica ni la convierte en un texto “híbrido”: el término apunta más bien al manejo literario que la comedia implementa con relación a aspectos referidos a la representación trágica.

desencasillamiento en múltiples niveles,¹⁸ se percibe en variadas aristas de la representación, en la que, por ejemplo, se mezclan temporalidades y se cruzan emplazamientos físicos para llevar adelante la acción dramática.¹⁹

Algunas de estas dislocaciones, como veremos, se perciben en la construcción del personaje del esclavo Sosias. Los versos mediante los cuales se presenta ante el auditorio de *Amphitruo* (Acto I, Escena 1), dejan entrever por lo pronto el contexto militar en el que se desempeñaba su amo Anfitrión, en los siguientes términos (vv. 186-194):

*Quod numquam opinatus fui neque alius quisquam ciuium
sibi euenturum, id contigit, ut salui poteremur domi.
uictores uictis hostibus legiones reueniunt domum,
duello exstincto maxumo atque internecatis hostibus.
quod multa Thebano poplo acerba obiecit funera,
id ui et uirtute militum uictum atque expugnatum oppidum est
imperio atque auspicio eri mei Amphitruonis maxume.
praeda atque agro adoriaque adfecit popularis suos
regique Thebano Creoni regnum stabiliiuit suom.*

Lo que jamás no yo ni otro ciudadano imaginamos que sucedería, sucedió: regresamos sanos y salvos a nuestra patria. Las legiones vuelven victoriosas a su patria después de vencer a los enemigos, extinguir la mayor de las guerras y matar a los adversarios. La ciudad que tantas muertes amargas provocó al pueblo tebano ha sido vencida y expugnada por la fuerza y el valor de nuestros soldados, al mando y con los auspicios de mi amo Anfitrión. Enriqueció a sus ciudadanos con un botín, tierras y gloria, y ha consolidado en su reino a Creonte, rey de Tebas.²⁰

¹⁸ Es el caso, por ejemplo, de las aportaciones de DUMONT (1998), MANUWALD (1999), BOND (1999), SCHIMIDT (2003), COSTA (2010) y CHIU (2015: 84), *inter multas/os alias/os*.

¹⁹ STEWART (2000: 293-299).

²⁰ La edición latina corresponde a CHRISTERSON (2000). Las traducciones de todos los pasajes de *Ampithruo* son retomadas de SUÁREZ, BREIJO, PALACIOS y VÁZQUEZ (2012).

Las palabras del esclavo recuperan un relato de acontecimientos bélicos²¹ que apuntan con precisión a un léxico de la victoria y la virtud militar, propia de los *carmina triumphalia*, alusiones que luego reaparecerán en boca de otros personajes.²² El discurso de Sosias es por un lado elevado –en el sentido de su intertexto oficial– y, al mismo tiempo, profundamente cómico en sus múltiples incongruencias. En efecto, por un lado, manifestará la grandeza de la campaña militar con expresiones que, como vimos en la sección anterior, se encuentran consagradas en las manifestaciones oficiales romanas vinculadas con las proclamas públicas de reclamos de triunfos militares.²³ El paralelismo de la extinción de la guerra (v. 189) con otros discursos que reproducen testimonios históricos,²⁴ o la referencia al *imperium* y al *auspicium* (v. 192) –dos elementos centrales para que un general pudiera ser reconocido por un triunfo– dan cuenta de la seriedad de las referencias. Pero, por el otro, el hecho de que la intervención de Sosias dependa de su enunciación

²¹ GALINSKY (1966: 204) divide la descripción de la batalla en la presentación de los eventos que preceden el combate (vv. 203-218), el enfrentamiento en sí (vv. 219-247) y la última fase de la lucha con sus consecuencias (vv. 248-261). Se trata de un orden simétrico que responde a la pretensión de equilibrio que consagra el contenido del relato.

²² Me refiero a la posterior alusión a la *virtus* patriótica en boca de Alcmena (vv. 641-653) y a la respuesta de parte de su esposo Anfitrón (vv. 654-658), en las que resonará el eco de las palabras de Sosias en lo que hace a la parodia de los *carmina triumphalia*, como ha analizado O'NEILL (2003: 7-9).

²³ CÈBE (1966). La aparición del posesivo *suus* al final de los dos últimos versos del pasaje (y luego en el v. 205) puede ser leída como una cómica insistencia en el personalismo del general que llevó adelante la victoria con sus órdenes; cf. CHRISTENSON (2000: 177).

²⁴ En Tito Livio (40. 52) se conmemora el triunfo naval de Lucio Emilio Regillo frente a Antíoco (en el 179 a. C.) mediante una *tabula triumphalis* que se inicia en términos muy parecidos: *Duello magno dirimendo, regibus subigendis, patrandae pacis causa ad pugnam exeunti L. Aemilio M. filio Regillo res cessit gloriose. Auspicio, imperio, felicitate ductuque eius...*; cf. HALKIN (1948: 300) y CHRISTENSON (2000: 175).

convierte el mensaje en una exposición cómica de quien expone lo que no debe: hace referencia al éxito reconociendo su propia cobardía y describiendo con lujo de detalle episodios del conflicto en los que, como aclara, él mismo no participó.²⁵

En el discurso del sirviente, en el que abundan elementos característicos de las plegarias de agradecimiento (*gratulatio*) realizadas por un *triumphator*,²⁶ claramente la parodia funciona como un dispositivo de comicidad. Desde la subversión de las categorías, la obra se separa de todos aquellos otros géneros literarios en los que la guerra adquiere una centralidad constante, como la tragedia, la épica o la historiografía, tipos textuales que se ven entonces desarmados en esta recreación burlesca.²⁷

Los siguientes versos del parlamento de Sosias incluyen, además, un léxico de carácter jurídico referido a la intimación de los combatientes enemigos (vv. 203-210):

*Principio ut illo aduenimus, ubi primum terram tetigimus,
continuo Amphitruo delegit uiros primorum principes;
eos legat, Télobois iubet sententiam ut dicant suam:
si sine ui et sine bello uelint rapta et raptores tradere,
si quae asportassent redderent, se exercitum extemplo domum
reducturum, abituros agro Argiuos, pacem atque otium
dare illis; sin aliter sient animati neque dent quae petat,
sese igitur summa ui uirisque eorum oppidum oppugnassere.*

²⁵ CHRISTENSON (2000: 172) señala aquí la presencia de un “*humour arising from the incongruity of speaker and speech*”.

²⁶ GRUEN (2013: 602-603); BURTON (2020: 306).

²⁷ En efecto, LEO (1912: 134) ha estudiado estos versos como parodia de los discursos de los mensajeros trágicos; ONIGA (1985), en cambio, ha visto como sustrato el lenguaje épico, mientras que PASCUCCI (1961-1962) destaca el juego que el pasaje entabla con el género historiográfico.

En cuanto llegamos allá, tan pronto como pusimos pie en tierra, inmediatamente Anfitrión eligió a los principales jefes. Los elige como embajadores y les ordena comunicar su decisión a los teléboas; si están dispuestos a entregar sin violencia ni guerras las cosas robadas ni a los raptos, y a devolver lo que se llevaron, entonces él de inmediato hará retornar el ejército a su patria, los argivos abandonarán sus tierras y los dejará tranquilos y en paz. En cambio, si sus intenciones son otras y si no lo devuelven lo que les pide, entonces atacará la ciudad con suma violencia y con todos sus hombres.

La presencia de términos relacionados con el reclamo al enemigo y la solicitud de devolución de aquello que se obtuvo de modo ilícito empuja al auditorio de la obra en la lógica del derecho relacionado con la declaración de guerras justas, fundamentalmente en lo que se refiere a la necesidad de imponer el *res repetere*.²⁸ Así, cuando Plinio el Viejo en su *Historia Natural* (22. 3. 5) explicita el alcance de estos procedimientos, deja en claro su vinculación con la petición del reintegro de aquello que hubiese sido tomado por el adversario, al distinguir: "...cuando eran enviados al enemigo con la declaración de *clarigatio*, esto es, con el fin de claramente demandar la restitución de las cosas capturadas" (*cum ad hostes clarigatumque mitterentur, id est res captas clare repetitum*).²⁹

Resulta evidente que, en esta demanda de reintegro, aparecen fórmulas jurídicas propias de las declaraciones de guerra que, en el primer libro de *Ab urbe condita*, Tito Livio reconoce como parte de los pasos llevados adelante por los feciales desde época monárquica.³⁰ En 1. 32. 6-7,

²⁸ PETRONE (2008-2009: 170-171); TORREGARAY PAGOLA (2018: 55); BURTON (2020: 303).

²⁹ La edición empleada de Plinio el Viejo es la de MAYHOFF (1906).

³⁰ AULIARD (2006: 57-81) explica los orígenes de estas prácticas diplomáticas en época de los reyes, desde Rómulo a Tarquinio el Soberbio, prestando especial atención a la supuesta fundación del colegio fecial por parte de Numa (2006: 63-64). Acerca del papel de los feciales en la instalación de una guerra declarada justamente, ver también BEDERMAN (2001: 231-241).

por ejemplo, se presenta de manera explícita en qué consiste la llamada *rerum repetitio*:

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. inde Iouem testem facit: ‘si ego iniuste inpieque illos homines illasque res dedier mihi exposco, tum patriae computem me numquam siris esse’.

Cuando el enviado llega a los límites de la nación de la que exige satisfacción, con su cabeza vendada con una orla de lana, dice: “¡Oye, Júpiter! ¡Oigan, 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 juez: “Si exijo la entrega de tales hombres o tales bienes en contra de la justicia y la religión, no me permitas disfrutar nunca más de mi tierra natal”.³¹

Corresponde recordar, en este punto, que para Tito Livio las etapas mediante las cuales procedía una declaración justa de guerra incluían, además de esta *rerum repetitio* o *clarigatio* con la que se solicitaba la reparación del perjuicio sufrido (1. 32. 6-10), la *testatio* o *denuntiatio* (si los reclamos no eran satisfechos en un mes) (1. 32. 10), el *votum* del Senado, autorizado por el pueblo (1. 32. 10-12), y finalmente el lanzamiento de una lanza por parte del *pater patratus*, conocido como la *indictio belli* (1. 32. 13-14).³² En

³¹ El texto latino aquí corresponde a WEISSENBORN y MÜLLER (1898).

³² Acerca de esta declaración fecial de guerra, ver PENELLA (1987), BLAIVE (1993) y ALBANESE (2000). WALBANK (1949) se ha ocupado de analizar el desarrollo de esta práctica en la compleja realidad diplomática de los siglos III y II a. C. Sobre el *ius fetiale* y su relación con el “derecho internacional” romano de la época, de manera más amplia, pueden consultarse SAULNIER (1980), FERRARY (1995) y OYARCE YUZZELLI (2006).

el caso específico de la *rerum repetitio*, la insistencia en el hecho de que se exija la entrega del individuo o el objeto reclamado (*illos homines illasque res dedier*) da cuenta de la condición esencial para el ejercicio legítimo de la fuerza si no era satisfecho el requerimiento efectuado.³³

La justificación del ataque tebano también se vislumbra en las palabras de Sosias, quien, con un claro tenor jurídico, se refiere a la adecuada respuesta de Anfitrón frente a la reprehensible actitud del pueblo enemigo (vv. 211-217):

*haec ubi Telobois ordine iterarunt quos praefecerat
Amphitruo, magnanimi uiri freti uirtute et uiribus
superbe nimis ferociter legatos nostros increpant,
respondent bello se et suos tutari posse, proinde uti
propere suis de finibus exercitus deducerent.
haec ubi legati pertulere, Amphitruo castris ilico
producit omnem exercitum;*

Cuando los enviados de Anfitrón repitieron en orden esto a los teléboas, estos hombres engreídos, seguros de su valor y sus fuerzas, increpan a nuestros embajadores con excesiva soberbia y arrogancia. Responden que pueden protegerse a sí mismos y a los suyos con las armas, por lo tanto que retiren rápidamente el ejército de su territorio. Cuando los embajadores tomaron conocimiento de estas cosas, desde el campamento Anfitrón hace avanzar enseguida a todo el ejército;

La identificación de una serie de valores negativos en los teléboas,

³³ Sobre la *rerum repetitio* en particular, ver el completo trabajo de DONATUTI (1955); WATSON (1993: 25-27) se ha ocupado de señalar las relaciones entre estos actos bélicos, propios del *ius gentium*, y las *legisactiones* del *ius civile*, sobre todo en lo que se refiere a los mecanismos judiciales para el reclamo de lo debido. Acerca de esta interacción entre el plano doméstico y el internacional como mecanismo de proyección jurídica hegemónica por parte de Roma en tiempos de expansionismo imperial, ver BUIS (2015: 249-274).

descriptos de modo enfático como *magnanimi uiri freti uirtute et uiribus* —palabras en los que la aliteración denota una repetición poco natural y excesiva de la fuerza y la masculinidad— permite contraponer la corrección tebana, manifestada en este pasaje y en los versos siguientes a través de una serie de correspondencias verbales lógicamente conectadas.³⁴ Frente a una osadía y a una grandilocuencia desubicadas, se produce como reacción el avance militar legítimo bajo las órdenes del general. Aquí de nuevo, la habitual apelación a la provocación previa y a la *superbia* como *causa belli*, recurso frecuente en el mundo romano,³⁵ funciona como instrumento retórico para que Sosias pueda “convencer” al auditorio acerca de la procedencia (jurídica, religiosa y política) de la incursión, resultado claro de un acto de *clementia*.³⁶

En ese contexto fuertemente impregnado de decisiones oficiales justificadas, hay lugar para la puesta en crisis que instala la comedia. Entre mensajero y esclavo, el papel de Sosias al describir estos eventos responde bien a las dualidades y ambigüedades que caracterizan a la obra en su conjunto, en tanto cambia y se adapta a las circunstancias, apartándose del resto de los mortales.³⁷ De hecho, en sus palabras el recurso a las fórmulas del *ius ad bellum* y las alusiones a la *performance* diplomática muestran de qué manera el género cómico se puede valer de esos intertextos jurídicos para sus propios fines literarios, amparados en una multiplicidad de sentidos que confluyen. En el marco en el que Sosias incorpora la narración del combate entre tebanos y teléboas también se

³⁴ La reiteración juega con la idea de orden y simetría propia del accionar del ejército de Anfitrión, como se advierte en los pares *producit* (v. 217) y *educunt* (v. 218); *exitum* (v. 219) y *exeunt* (v. 223); *dispertiti* (dos veces en v. 220); *instruimus* (v. 221) y *instruunt* (v. 222). Cf. CHRISTENSON (2000: 184).

³⁵ CHRISTENSON (2000: 184), quien menciona varios pasajes ilustrativos al respecto, incluyendo las célebres palabras que Anquises dirige a su hijo en *Eneida* (6.853) al proponer “*parcere subiectis et debellare superbos*”. Cf. PETRONE (2008-2009: 174).

³⁶ GALINSKY (1966: 204).

³⁷ CHIU (2015: 89).

da cuenta, al mismo tiempo, de la razón de ser del relato y su contexto de enunciación ante un público romano. Así, se presentan los motivos que llevan a la descripción de los hechos (vv. 195-202):

*me a portu praemisit domum, ut haec nuntiem uxori suae,
ut gesserit rem publicam ductu imperio auspicio suo.
ea nunc meditabor quo modo illi dicam, cum illo aduenero.
si dixero mendacium –solens meo more fecero.
nam cum pugnant maxime, ego tum fugiebam maxime;
uerum quasi adfuerim tamen simulabo atque audita eloquar.
sed quo modo et uerbis quibus me deceat fabularier,
prius ipse mecum etiam uolo hic meditari. sic hoc proloquar.*

A mí me envió desde el puerto a casa para que le comunicara a su esposa cómo se había llevado a cabo la campana bajo su conducción, mando y auspicios. Ahora voy a pensar cómo decírselo cuando llegue. Si miento, haré lo que suelo hacer, como de costumbre. Pues cuando estaban en pleno combate, yo ya estaba en plena huida. Pero fingiré que estuve presente y contaré lo que oí. Pero cómo y con qué palabras debo contarle es lo primero que quiero pensar aquí conmigo mismo. Empezaré así:

Con ello se da pie enseguida a la narración de los combates legítimos llevados adelante. Luego de la referencia a estos acontecimientos en que intervino Anfitrión, Sosias clausurará su discurso retomando la idea de que deberá comunicar esta información a Alcmena (vv. 261-262):

*haec sic dicam erae.
nunc pergam eri imperium exequi et me domum capessere.*

Así se lo contaré a mi ama. Ahora continuaré cumpliendo las órdenes de mi amo e iré rápidamente a casa.

Las palabras de inicio y cierre que encierran las referencias al episodio

bélico dejan entrever que lo que Sosias hace es ensayar el mejor modo de comunicar todo a su interlocutora, siguiendo de cerca las instrucciones recibidas. La idea de que debe pensar lo que dirá (*meditabor*, v. 197 y *meditari*, v. 202) remite a un verdadero ensayo, como un actor que practica las partes de su personaje.³⁸ La mentira (*si dixero mendacium*, v. 198) como improvisación y la ficción (*fabularier*) contribuyen entonces a crear este carácter metateatral, aspecto siempre presente en la producción plautina.³⁹

Esa dimensión de metateatralidad será explotada en la obra más adelante, cuando el esclavo se encuentre con Mercurio, disfrazado como el propio Sosias.⁴⁰ En este hurto de identidad, de *imago*, sustentado en la manipulación de los disfraces propios del drama (vv. 341-462), Sosias se aprovechará de esas confusiones para sacar ventaja de la situación, en la medida en que imagina que su amo no podrá reconocerlo y proyecta que, por lo tanto, él mismo dejará de ser un *servus* (vv. 460-462).⁴¹ El juego de identidades falsas permite, cómicamente, configurar la pérdida de su *status* real, con las consecuencias políticas que ello acarrea.⁴² Esa dualidad, de hecho, complementa otras igualmente productivas en las que el cambio de roles constituye una operación constante.⁴³ A través de

³⁸ En *Persa* 466 la relación de este verbo con la representación dramática se hace patente; cf. CHRISTENSON (2000: 178).

³⁹ Como afirma CHRISTENSON (2000: 177), “*Sosia's pretext for delivering his battle narrative should be related to P[lautus]'s fascination with metatheatre*”.

⁴⁰ Acerca de este rol de Mercurio en la puesta en práctica de una metateatralidad en la que los dioses son presentados explícitamente como personajes de comedia, ver SCHOEMAN (1998: 32-42).

⁴¹ CHIU (2015: 89).

⁴² DUPONT (2001: 186) indica que, en cuanto los dioses se tornan duplicados de los mortales, se fractura la jerarquía social.

⁴³ DUPONT (2001: 177) lo dice de modo claro: “... *the Greek tale of Amphitryon, exploited and developed by Plautus, became a comedy of duplication, as it were a comedy about the*

Sosias, el discurso de la guerra, típicamente relacionado con la tragedia (cf. *Captivi*, vv. 61-62), aquí es resemantizado en términos cómicos.⁴⁴

Si tenemos en cuenta que era habitual que, antes de la llegada del *imperator* a la ciudad, se enviara primero un *legatus* o un *nuntius* que anunciara la buena noticia de que Roma había sido victoriosa, el papel de Sosias en el pasaje que examinamos deviene significativo en términos político-militares: él dice que su función es anunciar (*nuntiem*, v. 195) las novedades a la esposa de Anfitrión.⁴⁵ Pero, asimismo, Sosias es al mismo tiempo el actor que representa el papel del mensajero que debe aportar información al público acerca de la trama.

En este sentido, aprovechándose de la proximidad entre las *performances* teatral y política, Plauto consigue que enunciación y enunciado confluyan una vez más de manera eficaz: en el plano de la acción representada en escena, Sosias se comporta como los *legati* que, en la dimensión de lo narrado, se afirma que fueron enviados a los teléboas para convencerlos.⁴⁶ El rol persuasivo del agente diplomático y el papel del *servus* que es enviado con la misión de hacer llevar un mensaje se superponen,⁴⁷ como había ya acontecido con Mercurio y su mensaje de

Roman theatre, because the transformation of gods into men, of Jupiter into Amphitryon, of Mercury into Sosia, is realized in speech and action throughout the play by means of theatrical disguise? También debe sumarse a esta superposición de ambigüedades el caso de Alcmena: según BLEISCH (1997), dado que este personaje debía ser representado por un hombre disfrazado de mujer, se abre la posibilidad de un nuevo “travestimiento”:

⁴⁴ MOORE (1995).

⁴⁵ TORREGARAY PAGOLA (2018: 51).

⁴⁶ PETRONE (2008-2009: 176) se refiere a este juego como una especie de *mise en abîme* mediante la cual “*Sosia assomigliamolto a queilegati di cui referiscel’ambasceria*”. TORREGARAY PAGOLA (2018: 55-56) analiza en el caso de Sosias estos *mandata* a partir de la comparación con las órdenes dadas por Anfitrión a sus embajadores.

⁴⁷ CHRISTENSON (2000: 178) afirma que se hace explícita en la obra la correlación entre la composición poética y las maquinaciones de un esclavo inteligente.

garantía de paz respecto del público.⁴⁸ Ello no es azaroso: por un lado, dicha superposición potencia el carácter metapoético de la función de Sosias sobre el escenario; pero, por el otro, nos permite comprender una dimensión del *ius fetiale* que Tito Livio sugiere pero que no conocemos fehacientemente. Me refiero a la importancia de que los enviados diplomáticos prestaran atención no solo al contenido de lo que debían transmitir en sus misiones, sino a los modos en que lo comunicarían.

La insistencia de Sosias en practicar la manera en que comunicará las noticias a su ama (*quo modo*, v. 197; *quo modo et uerbis quibus*, v. 201) permite recuperar una arista perdida del rol de los agentes jurídicos de las relaciones exteriores en la Roma republicana: la trascendencia de los mecanismos a través de los cuales se llevarían adelante las tareas encomendadas frente al pueblo enemigo.⁴⁹ Mediante un trabajo consciente con los paralelismos entre el universo de las negociaciones políticas y la representación teatral, el discurso de Sosias consigue entonces transmitir información relevante acerca del carácter pragmático del *ius gentium* y, al mismo tiempo, sobre lo que los romanos debían de reclamar de un buen *legatus* capaz de cumplir sus funciones con eficiencia.

⁴⁸ En el v. 32 afirmaba Mercurio que había venido en paz y trayendo paz (*propterea pace advenio et pacem ad vos fero*), expresión que SCHOEMAN (1998: 36) reconoce como retórica. Si se tiene en cuenta que, en el discurso de Mercurio abundan las palabras relacionadas con *ius* (aparecen unas nueve veces en los vv. 33-37: *iustam, iustae, iustis, iustus, iniusta, iustis, iusta, iniustis, ius*), sería posible inferir que Plauto de modo consciente insiste en la parodia del discurso de la justicia a partir de la confluencia entre las declaraciones de los personajes dramáticos y el lenguaje de la benevolencia diplomática.

⁴⁹ TORREGARAY PAGOLA (2018: 58) concluye que el pasaje da cuenta del “tono” diplomático, por cuanto permite advertir una evolución en el lenguaje de los delegados y sus estrategias comunicativas.

III. Conclusiones

A la hora de distanciarse del género trágico, parece evidente que la comedia *Amphitruo* explota la factura humorística que se instala sobre las consecuencias serias de la guerra.⁵⁰ A partir de la parodia de los modos celebratorios del triunfo bélico y de los rituales públicos de congratulación propios de los cantos triunfales, la obra plautina escenifica una mirada sobre el rol político de las relaciones exteriores en el que se explotan los profusos vínculos entre la *performance* de los discursos propios de las campañas militares y la representación dramática.

Ello no solo porque, como hemos visto, Plauto genera risa a partir de la parodia de la imaginaria jurídica propia de la práctica feal de la declaración de guerra (fundamentalmente en lo que se refiere a la *clarigatio* y la *rerumrepetitio*). También porque, más allá de ese juego terminológico que produce efectos humorísticos, la primera narración de Sosias da cuenta al mismo tiempo de una puesta en escena actoral que resulta paralela a la *performance* propia de la diplomacia romana y que dice mucho acerca de lo que se esperaba de esos acercamientos jurídicos. En definitiva, la insistencia en la práctica y el ensayo –propias de una metateatralidad omnipresente– puede servir para comprender que, a la hora de dar cuenta de los acercamientos con pueblos extranjeros, la adaptación del *iusfetiale* a la realidad imperialista del siglo II a. C. requería prestar atención no solo al contenido de las declaraciones hostiles (el “qué”) sino además al “cómo”. A partir de la escenificación de una *legatio* particular, Plauto parece consciente de la necesidad específica de tener en cuenta, cuando de parodia se trata, los verdaderos resortes empleados, durante la época republicana, en toda praxis exitosa del *iusgentium*.

⁵⁰ Al hablar de la obra y su fuerte impronta cómica, SLATER (2001: 202) afirma: “*The object of this joyous celebration is the traditional Roman theatre itself, with its adultery plots, clever slaves, and mass confusion. Plautus dethrones Dionysos and puts in his place the benevolent genius of comedy.*”

Bibliografía consultada

Bibliografía primaria (ediciones críticas)

- CHRISTENSON, D. M. (2000). *Plautus. Amphitruo* (Cambridge Greek and Latin Classics). Cambridge: Cambridge University Press.
- ERNOUT, A. (ed.) (1932). *Plaute. Comédies. Tome I: Amphitryon - Asinaria - Aulularia*. París: Les Belles Lettres.
- LEO, F. (1895) (ed.). *T. Maccius Plautus. Plauti Comoediae*. Berlín: Weidmann.
- LINDSAY, W. M. (1903) (ed.), *T. Macci Plauti Comoediae, Vol. 1: Amphitruo; Mercator*. Oxford: Oxford University Press.
- MAYHOFF, K. F. T. (1906) (ed.). *C. Plini Secundi Naturalis Historia*. Leipzig: Lipsiae.
- SAGE, E. T. y SCHELESINGER, A. C. (1938) (eds.). *Livy. Books XL-XLII*. Cambridge (MA)/Londres: Harvard University Press.
- SÚAREZ, M., BREIJO, M., PALACIOS, V. y VÁZQUEZ, R. (2012) (trad.). *Tito Maccio Plauto. Anfitríón*. Buenos Aires: Losada.
- WEISSENBORN, W. y MÜLLER, H. J. (1898) (ed.). *Titi Livi ab urbe condita libriedition emprimam, Pars I. Libri I-X* (Editio Stereotypica). Leipzig: Lipsiae.

Bibliografía secundaria (crítica)

- ALBANESE, B. (2000) “‘Res repetere’ e ‘bellum indicere’ nel rito feziale (Liv. 1, 32, 5-14)”. En *Annali del Seminario Giuridico dell’ Università di Palermo*, 46, pp. 5-47.

- AULIARD, C. (2006). *La diplomatie romaine. L’autre instrument de la conquête*. Rennes: Presses universitaires de Rennes.

- BEDERMAN, D. (2001) *International Law in Antiquity*. Cambridge: Cambridge University Press

- BLAIVE, F. (1993). “‘Indictio belli’. Recherches sur l’origine du droit fécial romain”. En *RIDA*, 40, pp. 185-207.

- BLEISCH, P. R. (1997). “Plautine Travesties of Gender and Genre: Transvestism and Tragicomedy in *Amphitruo*”. En *Didaskalia*, 4(1). Disponible en: <http://www.didaskalia.net/issues/vol4no1/bleisch.html> (última consulta: 03-05-2022).

- BOND, R. P. (1999). “Plautus’ *Amphitruo* as Tragi-Comedy”. En *Greece & Rome*, 46 (2), pp. 203-220.

- BOYLE, A. J. (2006). *Roman Tragedy*. Londres/Nueva York: Routledge.

- BUIS, E. J. (2015). *La súplica de Eris. Derecho internacional, discurso normativo y restricciones de la guerra en la antigua Grecia*. Buenos Aires: Eudeba.

- BURTON, P. J. (2020). “War and Imperialism in and Around Plautus”, en FRANCO, G. F. y DUTSCH, D. (eds.). *A Companion to Plautus*. Hoboken: John Wiley & Sons, pp. 301-316.

- CÈBE, J. P. (1966) *La caricature et la parodie dans le monde romain antique des origines à Juvénal*. Paris: E. de Boccard.
- CHIU, A. (2015). “The Longest Night: Time, Plot, and Characterization in Plautus’s *Amphitruo*”. En *New England Classical Journal*, 42 (2), pp. 83-101.
- COSTA, L. N. da (2010). *Mesclas genéricas na tragicomédia Anfitrião de Plauto*. Dissertação de mestrado, Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Estudos da Linguagem.
- DONATUTI, G. (1955). “La ‘clarigatio’ o ‘rerum repetitio’ e l’istituto parallelo dell’antica procedura civile romana”. En *Iura*, 6, pp. 31-46.
- DUMONT, J. C. (1998). “*Amphitruo* et le genre comique”. En *Revue d’études latines*, 76, pp. 116-125.
- DUPONT, F. (2001). “The Theatrical Significance of Duplication in Plautus’ *Amphitruo*” en SEGAL, E. (ed.). *Oxford Readings in Menander, Plautus, and Terence*. Oxford: Oxford University Press, pp. 176-188.
- FERRARY, J. L. (1995). “*Iusfétiale* et diplomatie”. En FRÉZOULS, E. y JACQEMIN, A. (ed.). *Les relations internationales. Actes du Colloque de Strasbourg 15-17 juin 1993*. Paris : E. de Boccard, pp. 411-432.
- FRAENKEL, E. (1960). *Elementi Plautini in Plauto*. Florencia: La Nuova Italia.
- GALINSKY, G. K. (1966). “Scipionic Themes in Plautus’ *Amphitruo*”. En *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, 97, pp. 203-235.

- GALLI, F. (1987-1988). “L’iscrizione trionfale di Ti. Sempronio Graccho (Liv. XLI, 28)”. En *Aion*, 9-10, pp. 135-38.
- GRAVERINI, L. (2001). “L. Mummio Achaico”. En *Maecenas. Studisul mondo classic*, 1, pp. 105-148.
- GRUEN, E. (1990). *Studies in Greek Culture and Roman Policy*. Leiden: Brill.
- GRUEN, E. (2013). “Roman Comedy and the Social Scene”. En FONTAINE, M. y SCAFURO, A. C. (eds.). *The Oxford Handbook of Greek and Roman Comedy*. Oxford: Oxford University Press, pp. 601-614.
- HALKIN, L. (1948). “La parodied’ unedemande de triomphedans *l’Amphitryon* de Plaute”. En *L’Antiquité Classique*, 17 (Miscellanea Philologica Historica et Archaeologica in honorem Huberti Van De Weerd), pp. 297-304.
- HANSON, J. A. (1965). “The Gloriosus Military”. En DOREY, T. A. y DUDLE, D. R. (eds.) *Roman Drama*. Londres: Roudtledge, pp. 51-85.
- JANNE, H. (1933) “*L’Amphitryon* de Plaute et M. Fulvius Nobilior”. En *Revue belge de Philologie et d’Histoire*, 12 (3), pp. 515-531.
- LEO, F. (1912). *Plautinische Forschungen*. Berlín: Weidmann.
- LIPPOLIS, E. (2004). “*Triumphata Corintho*: la preda bellica e i doni di Lucio Mummio Achaico”. En *Archeologia Classica*, 55, pp. 25-82.
- MacCARY, W. T. (1972). “Menander’s Soldiers: their Names, Roles and Mask”. En *American Journal of Philology*, 93, pp. 279-298.

- MANUWALD, G. (1999). “Tragödien elemente in Plautus’ *Amphitruo*. Zeichen von Tragödien parodieoder Tragikkomödie”. En BAIER, Th. (ed.). *Studien zu Plautus’ Amphitruo*, Tübingen: Gunten Narr, pp. 77-202.
- MONTGOMERY, T. N. (2016). *Dating and Duality: Plautus’ Amphitruo in the Historical Context*. MA Thesis, The University of Texas at Austin.
- MOORE, T. (1995). “Tragicomedy as a Running Joke: Plautus’ *Amphitruo* in Performance”. En *Didaskalia*, Supplement. Disponible en: <http://www.didaskalia.net/issues/supplement1/moore.html> (última consulta: 10-05-2022).
- MORENO HERNÁNDEZ, A. (2007). “Tras la estirpe de los figurones: en torno al *miles gloriosus* de Plauto”. En GARCÍA LORENZO, L. (ed.). *El figurón, texto y puesta en escena*. Madrid: Fundamentos, pp. 24-68.
- O’NEILL, P. (2003) “Triumph Songs, Reversal and Plautus’ *Amphitruo*”. En *Ramus*, 32 (1), pp. 1-38.
- ONIGA, R. (1985) “Il canticum di Sosia: forme stilistiche e modelli culturali”. En *Materiali e discussioni per l’analisi dei testi classici*, 14, pp. 113-208.
- OYARCE YUZZELLI, A. (2006), “El derecho internacional en Roma. El *ius fetiale*”. En *Vox Iuris*, Año 17, N° 13, pp. 119-132.
- PASCUCCI, G. (1961-2) “La scelta dei mezzi espressivi nel resoconto militare di Sosia (Plauto, *Amph.* 186-261)”. En *La Columbaria*, 26, pp. 161-203.

- PENELLA, R. J. (1987). “War, Peace, and the *iusfietiale* in Livy 1”. En *Classical Philology*, 82 (3), pp. 233-237.
- PÉREZ GÓMEZ, L. (2017). “*Miles y milites* en la comedia de Plauto: un rol en busca de personaje”. En *Florentia Iliberritana*, 28, p. 187-198.
- PETRONE, G. (2008-2009), “*Si dixeromendacium...* (Pl. *Amph.* 198). Guerra e diplomacia *nell' Amphitruo* di Plauto”, En ὄρμος. *Ricerche di Storia Antica*, 1, p. 167-178.
- SAULNIER, C. (1980). “Le rôle des prêtres fétiaux et l’application du ‘*iusfietiale*’ à Rome”. En *Revue historique du droit français et étranger*, 58, pp. 171-199.
- SCHMIDT, E. A. (2003). “Die Tragikomö die ‘*Amphitruo*’ des Plautus als Komödie und Tragödie”. En *Museum Helveticum*, 60 (2), pp. 80-104.
- SCHOEMAN, A. (1998). “Mercury and Metatheatre: The Antelogeum in Plautus’ *Amphitruo*”. En *Akroterion*, 43, pp. 32-42.
- SLATER, N. W. (2001). “*Amphitruo*, *Bacchae*, and Metatheatre”. En SEGAL, E. (ed.). *Oxford Readings in Menander, Plautus, and Terence*. Oxford: Oxford University Press, pp. 189-202.
- STEWART, Z. (1958). “The *Amphitruo* of Plautus and Euripides’ *Bacchae*”. En *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, 89, pp. 348-373.
- STEWART, Z. (2000). “Plautus’ ‘*Amphitruo*’: Three Problems”. En *Harvard Studies in Classical Philology*, 100, pp. 293-299.
- TORREGARAY PAGOLA, E. (2018). “Plautus and the Tone of

Roman Diplomacy of Intervention”. En GRAY, C., BALBO, A., MARSHALL, R. M. A. y STEEL, C. E. W. (eds.). *Reading Republican Oratory. Reconstructions, Contexts, Receptions*. Oxford: Oxford University Press, pp. 49-58.

- WALBANK, F. W. (1949). “Roman Declaration of War in the Third and Second Centuries”. En *Classical Philology*, 44 (1), pp. 15-19.

- WATSON, A. (1993). *International Law in Archaic Rome. War and Religion*. Baltimore/Londres: Johns Hopkins University Press.

- WESTAWAY, K. M. (1917). *The Original Element in Plautus*. Ann Arbor: University of Michigan Press.

¿Es la libertad de cultos un principio general del derecho?

Por Juan Carlos Ghirardi⁵¹

I. Presentación del tema

Desde siempre, la humanidad ha tenido conciencia de su propia finitud, ha sabido que la vida tenía un principio y un final. Esta realidad quizás habrá sido aceptada por muchos hombres sin preguntarse nada más, sin que les despertase ninguna inquietud acerca del porqué, o sin buscar indagar acerca de si había algún ser superior al que le debían la existencia. Otros, en cambio, deben haberlo meditado y ello seguramente los llevó a rendir culto a alguien o algo. Ahora bien, los destinatarios de ese culto, de esa adoración, han sido innumerables a lo largo de los tiempos, abarcando tanto desde los astros hasta los fenómenos naturales,

⁵¹ Doctor en Derecho. Investigador Categoría I. Profesor Titular de Derecho Romano de la Universidad Nacional de Córdoba. Presidente de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA).

desde seres mitológicos hasta entes espirituales. Entonces, la pregunta que intento responder en este trabajo es la siguiente:

¿Ha tenido siempre el ser humano libertad para elegir a qué o quién adorar, u optar por no adorar a nada ni a nadie? O, por el contrario, ¿se habrá visto obligado, en ciertas épocas o en algunos lugares, a profesar un culto determinado o a no tener ninguno, con la correlativa denegación de la posibilidad de adoptar otro? Solamente en el primero de los casos podemos considerar a esa libertad como un principio general del derecho.

Las persecuciones religiosas, entendiendo por tales a las que tuvieron como objetivo hostigar a personas que profesaban un credo que afectaba o divergía de las creencias de quienes estaban en el poder, excluyeron esa libertad, como también lo hicieron todos los grupos o sectores sociales que quisieron –y los que aún hoy quieren– imponer su religión a la fuerza, en detrimento de la de los demás.⁵²

La historia ha ido desarrollándose y con ella las creencias humanas, por eso la libertad de cultos no ha sido ni siempre ni en todo lugar un principio general del derecho, aunque eso haya sucedido en algunos tiempos, sobre todo en los orígenes de la humanidad, y suceda actualmente en muchos sistemas jurídicos, como el argentino.

El tema no deja de ser importante. Repárese que gran parte de los seres pensantes, por el hecho de serlo, se deben haber preguntado de dónde venían y qué sucedería cuando abandonaran este mundo. Desde este enfoque, para muchos de ellos tiene que haber resultado reconfortante creer que le deben la existencia a alguien, y que ese alguien los recibirá luego de su muerte. En resumidas cuentas, pensar que existe algún supremo hacedor al que puedan llamar Dios, aunque no todos los seres humanos coincidan con esta idea. Así, al margen de quienes profesan algún culto determinado existen los ateos, que niegan la

⁵² CASTILLA VILLANUEVA, C. (2017). “La persecución religiosa en el siglo XXI”. En *Ius Humani. Revista de Derecho*. Vol. 6, pp. 55-72.

existencia de Dios, y los agnósticos, que sin negarla consideran que la noción de lo absoluto, como sería alguna divinidad todopoderosa, es inaccesible para el conocimiento humano.

Dos ideas suelen alimentar la intolerancia y la falta de respeto en materia de religión. La primera, que alguna es la única verdadera y las demás son falsas o tienen fallos morales, aunque la gente que opina así no es monolítica, ya que también hay quien puede aceptar que haya otros con creencias distintas pero que merecen que ellas sean respetadas, siempre que las mismas no conduzcan a hacer daño a la comunidad que ellos integran. La segunda es mucho más peligrosa y consiste en considerar que el Estado y los ministros del culto dominante deberían obligar al resto de los ciudadanos a abrazar la que estiman es la única forma correcta de abordar la religión.

Muy brevemente, y sin pretender de ninguna manera ser exhaustivo, paso a desarrollar el tema.

II. El origen de las religiones

Las primeras religiones animistas, tendencia filosófica que consiste en animar los fenómenos naturales imaginando que detrás de cada objeto de la naturaleza se oculta un espíritu invisible que lo dirige, aparecieron hace unos 250 mil años. Es una antigüedad importante, si consideramos que las que creen en un dios, también llamadas teístas, comienzan a surgir hace unos 14 mil años y el culto judío aparece entre 4000 y 2000 años atrás. Una minucia en la historia de la humanidad.

Los mitos y las leyendas desde siempre han sido una creación del hombre, utilizada para intentar hallar una razón a los problemas acuciantes y aparentemente inexplicables que se les iban presentando, como lo eran la razón de vivir, la razón de la muerte, el porqué del éxito o del fracaso, la bondad y la maldad, el amor, la fertilidad, el poder y el destino.

Comunidades reducidas, como lo eran las de los pueblos prehistóricos,

tenían una fuerte dependencia respecto a las fuerzas de la naturaleza tales como el sol, la lluvia, las tormentas, las tempestades, los huracanes, entre otros. El control de estas fuerzas estaba más allá de las posibilidades del ser humano, y por esa razón este se veía en la obligación de halagarlas para que le fueran más propicias, cosa que se hacía con ritos que conformaron las primeras religiones dedicadas al culto de esas fuerzas naturales a las que se asignaba un carácter divino o sobrenatural y con las cuales el hombre intentaba entrar en relación.⁵³

Como es hoy generalmente aceptado, digamos que la humanidad se originó en África y desde allí se trasladó a Europa formando pequeñas comunidades, las mayores de las cuales no deben haber superado los treinta miembros. Generalmente los cadáveres quedaban insepultos, sobre todo aquellos de quienes habían fallecido en combate, los cuales solían ser devorados por los enemigos vencedores que hacían de ello una especie de rito religioso pensando que de esta manera las fuerzas y el ánimo del vencido iban a entrar en sus cuerpos.

El enterramiento solo comenzó a ser práctica común en el Paleolítico Medio, quizás practicado por los neandertales, y en el Paleolítico Superior empezaron a celebrarse los rituales funerarios, como el untar con ocre –que simbolizaba la sangre– el cuerpo del difunto y sepultar con él sus adornos personales, lo que estaría indicando que ya entonces se pensaba en una vida después de la muerte. Se enterraba a los muertos en cuevas o lugares resguardados, era poco usual que se hiciera a la intemperie. Pero siempre aislada una tumba de las otras, porque las necrópolis aún no existían.

Posiblemente los hombres prehistóricos creyesen en seres mitológicos, mitad hombres y mitad animales, los cuales serían los antepasados de unos y otros, cosa que estaría confirmada por las pinturas y grabados hallados en cuevas de la época. Por su parte, la celebración de los

⁵³ Sigo aquí a Enrique Díaz Rodríguez (1995) en su trabajo “Mitos, Cultos y Leyendas”, en *Aljaranda Revista de estudios tarifeños*, N° 19.

ritos religiosos estaba en mano de ancianos y brujos, que eran los que curaban, predecían el futuro o hacían que las tierras fuesen fértiles y la caza abundante.

A finales del Neolítico y principios de la Edad del Bronce, cuando ya la civilización había avanzado como para que los hombres se dedicasen a la agricultura y la cría de ganado, las divinidades más frecuentemente reverenciadas fueron el sol y la luna, que regían la vida del universo y a los que se dedicaban sacrificios de animales. También era reverenciado el arado, identificado con la virilidad que penetraba las entrañas de la tierra, y existía todo un culto de la fertilidad a fin de lograr que las mujeres tuviesen descendencia, de lo que nos ha quedado constancia por pequeñas figurillas de arcilla que se han encontrado, que tenían los órganos sexuales sumamente agrandados.

Ahora bien, el problema que me ha preocupado investigar aquí, es decir si existió en estos tiempos primitivos libertad de cultos, no se plantea, pero no porque los hombres de ese entonces hubiesen sido tolerantes admitiendo múltiples creencias, sino porque no las había. La humanidad de ese entonces, fuere del lugar donde fuere, creía más o menos en las mismas divinidades. Prueba de esto son los dólmenes, monumentos para el culto que son alegorías de la Gran Madre, que se han encontrado en Europa, fundamentalmente en Dinamarca, Suecia, España e Italia, pero también en el Cáucaso, en África del Norte, en la India, en Siria, en Crimea, cosa que ratifica lo que aquí estoy exponiendo.

Es que en esta época los cultos son politeístas, y adorando a muchos dioses era fácil permitir el culto de algún otro más. Será con el advenimiento de los monoteísmos que surja la intolerancia.

III. Religiones orientales

En general ninguna de las religiones antiguas de Oriente, tanto el Próximo como el Lejano, hizo discriminaciones por causa de religión

o persiguieron a quienes profesasen cultos distintos al mayoritario, posiblemente porque tenían una tendencia menor al exclusivismo que las occidentales, aunque lógicamente hubo algunas excepciones. Veamos algunas de esas religiones, sin pretender ser exhaustivos.

III. a) Persia

Los persas profesaban una religión (aún vigente en algunas zonas de Irak) que había sido revelada por Zoroastro (o Zaratustra) y planteaba la adoración de deidades: Ahura Mazda (la más importante, similar al dios griego Zeus o al Júpiter romano), Mitra (equivalente al dios Apolo) y Anahita (diosa del agua y de la fertilidad, similar a la diosa griega Artemisa, la Diana romana).⁵⁴ No obstante, y como uno de los puntos principales de sus conquistas, los persas tenían una gran tolerancia religiosa con los pueblos conquistados.⁵⁵

Antes de Zaratustra, los antiguos persas adoraban a las deidades de la antigua religión aria de Irán, una contrapartida de la que llegaría más tarde a ser conocida como hinduismo. Zaratustra condenó esta práctica y predicó que solo Dios –Ahura Mazda, el Señor de la Sabiduría– debía ser adorado. Pero poco sabemos acerca del particular, la religión popular de la Persia aqueménida escapa en gran medida a nuestro conocimiento.⁵⁶

III. b) Mesopotamia

La religión mesopotámica era politeísta, sus dioses tenían una apariencia

⁵⁴ Fuente: <https://www.caracteristicas.co/imperio-persa/#ixzz6tLEWnIR5>.

⁵⁵ Fuente: <https://www.caracteristicas.co/imperio-persa/#ixzz6tLEJhznF>.

⁵⁶ Fuente: <https://www.bbc.com/mundo/vert-cul-39636683#>.

antropomórfica y un comportamiento similar al de los humanos: comían, se casaban, formaban familias, se peleaban, tenían descendencia... La diferencia entre unos y otros estribaba en que aquellos eran inmortales y, además de ser crueles y vengativos, tenían un poder ilimitado y sobrenatural. Por su parte, la humanidad había sido creada para servirlos.

Los antiguos habitantes de Mesopotamia no eran especialmente optimistas con respecto al más allá, y lejos de verlo como un paraíso de abundancia, como lo hacían civilizaciones vecinas como la egipcia, los mesopotámicos tenían un concepto de la otra vida muy negativo. El inframundo era un lugar de sombras, donde apenas había alimentos y al que iban tanto los buenos como los malos. Este pesimismo estaba causado por el entorno en que vivían, puesto que en una época tan temprana de la historia, las personas dependían totalmente del medio que les rodeaba para subsistir. Una mala crecida, por ejemplo, podía condenarles irremediablemente a la muerte.

Pero no existen testimonios que hablen de su intolerancia religiosa. Es más, por lo que sabemos eran los principales dioses la tríada sumeria adorada en un principio, que estaba formada por Enlil (dios del agua), Anu (dios del cielo) y Enki (dios de la tierra), que fue luego por la llamada tríada semita, que estaba integrada por Istar (la Inanna sumeria, diosa del amor, la guerra y la fertilidad), Sin (dios de la luna) y Shamash (dios del sol y los astros). Y aunque cada ciudad tuviera un dios principal, cuando una nueva cultura se hacía con el control de la región, lejos de prohibir el culto a las divinidades anteriores, las adoptaba e incluía en su panteón.⁵⁷

⁵⁷ De un artículo escrito por María Isabel Cubas Contreras, licenciada en Historia. Se puede consultar en <https://historiaeweb.com/2015/05/13/religion-en-mesopotamia/#>.

III. c) Egipto

Antes de ser gobernado por un faraón, el Antiguo Egipto era un conjunto de asentamientos independientes, cada uno con su propio culto a los dioses, que luego pasarían a formar parte del panteón dinástico. Los egipcios fueron, ante todo, tolerantes; su panteón llegó a estar formado por 2000 divinidades distintas.

Esto fue posible, en gran medida, porque todos los dioses egipcios se parecían entre sí, al menos en su concepto. A diferencia de la religión sumeria, que reservó un espacio particular para cada deidad, el panteón egipcio nunca fue totalmente sistematizado, ni se terminaron de determinar las propiedades de cada dios. La importancia de cada uno de ellos dentro del panteón tenía una directa relación con la política que atravesaba el reino en cada momento. Si la ciudad predominantemente política era, por ejemplo, Heliópolis, ciudad de los sacerdotes, entonces el dios solar Ra era adorado como la principal divinidad. Durante las primeras fases históricas, cuando la capital del Imperio fue Menfis (III y IV dinastía), el culto a Ptha predominaba por sobre los demás, y así sucesivamente.

La decadencia de la monarquía, a partir de la VI dinastía, provocó que tomaran fuerza otros dioses locales, como el caso de Osiris, asociado con la resurrección. Según el mito, Osiris fue asesinado por su hermano Seth. La diosa Isis, esposa y hermana de Osiris, logró resucitarlo con la ayuda de Thoth y Anubis, y finalmente fue vengado por su hijo Horus. Durante el Imperio Medio el dios “oficial” fue Amón, originario de la ciudad de Tebas, en el Alto Egipto. Su carácter de divinidad solar ayudó a que se identificara con Ra, del Bajo Egipto, logrando así su aceptación de todo el reino. En el Imperio Nuevo, la asociación entre los dos dioses fue tal que sencillamente se impuso el culto a Amon-Ra.

Sin embargo, durante la XVIII dinastía, allá por el año 1353 a. C., llegó al trono el faraón Akenaton, esposo de Nefertiti, quien borró de un plumazo todas las divinidades del panteón egipcio y la reemplazó por una sola que habría sido la creadora de todo, el Sol o Atón, como se

llamaba. Esto consternó a los sacerdotes cuyo poder como intérpretes de la voluntad de los dioses había sido hasta ese momento indiscutido, aunque el faraón, como dios viviente que era, podía cambiar todo: la religión, la política, el arte y hasta el lenguaje. Y lo hizo.

De todas maneras, el nuevo culto no prosperó, pese a que cuando Akenatón se enteró de que sus súbditos aún adoraban a los antiguos dioses, hizo quemar todas las imágenes y estatuas de ellos, especialmente las de Amón-Ra, y prohibió que se continuase con el culto a ellos, llegando inclusive a mandar su ejército para hacer cumplir esas órdenes, aunque con su muerte el antiguo panteón fue restablecido.

Tras la extinción del Imperio Nuevo, el culto a los dioses locales y las viejas tradiciones tomaron de nuevo protagonismo. Amón dejó de ser considerado como el dios nacional y, en su lugar, fueron veneradas muchas otras divinidades, como Neith, la diosa de la guerra, y Bast, la diosa de la felicidad. El fin de la religión egipcia no llegaría hasta el siglo IV, cuando el cristianismo se convirtió en religión oficial del Imperio romano, que había conquistado a Egipto durante su expansión hacia el Mediterráneo.⁵⁸

III. d) China

Tres grandes religiones o filosofías dieron forma a muchas de las ideas y a la historia de la antigua China, las cuales son llamadas las tres formas e incluyen el taoísmo, una filosofía o forma de vida que pudo haber sido iniciada por un hombre llamado Lao Tsu (o Lao Tzu), quien vivió un poco antes de Confucio, aproximadamente en el año 600 a. C. (Tao significa el “camino” o “sendero”); el confucianismo, aparecido después del taoísmo, cuyo fundador fue Confucio, sostenedor de una

⁵⁸ Basado en un artículo de Gonzalo Ruiz, fechado el 5/2/2020, que puede consultarse en <https://sobrehistoria.com/la-religion-en-el-antiguo-egipto/>.

filosofía que sostenía la obligación de tratar a los demás con respeto, cortesía y amabilidad, siendo las cualidades fundamentales el honor y la moralidad; y el budismo, que llegó por primera vez a China desde la India alrededor del año 500 d. C., fundado por Siddhartha Gautama, conocido comúnmente como Buda (el iluminado).

Durante muchos miles de años, los antiguos chinos creyeron en muchos dioses y diosas. Creían en dragones mágicos y fantasmas. Creían que sus antepasados velaban por ellos y los protegerían, siempre que oraran de la manera correcta. Hacían muchas cosas para protegerse del mal y para asegurarse de que tendrían una vida feliz. Por ejemplo, creían que su puerta de entrada tenía que mirar hacia el sur si querían una vida feliz. Tenían muchas supersticiones y celebraban gran número de festivales para honrar a sus dioses. Incluso tenían una fiesta de cumpleaños anual para fantasmas de manera que estos, además de ser honrados y recordados, pudieran pasar un buen rato.

Honrar a sus dioses y sus antepasados era algo que los antiguos chinos hacían todos los días, y también dieron gran énfasis a la adoración de la composición de la tierra, es decir, tierra, ríos, mar, estrella, viento, luna, sol, ya que ellos creían que la prosperidad de un país provenía de factores que estaban por encima y más allá.⁵⁹

Fueron tolerantes con los otros cultos, en términos generales nunca persiguieron a otras religiones. En China, Tíbet, Japón y otras naciones su religión coexistía pacíficamente con las creencias locales, hasta llegar a mezclarse. Y en los países donde se desplazó del todo a las religiones nativas, como Tailandia o Ceilán, en general se lo hizo sin violencia.

Actualmente la Constitución del país estipula: “El ciudadano de la República Popular China goza de libertad de credo”; “Ningún organismo estatal, organización social o individuo puede obligar a ciudadano alguno a profesar o no cierta religión, ni puede discriminar a los ciudadanos creyentes o no creyentes”; “El Estado protege las actividades

⁵⁹ Fuente: <https://chinaantigua.com/religion/>.

religiosas normales”.⁶⁰ Pese a ese declamado propósito, el régimen comunista, ateo por definición, no ha sido muy propicio a favorecer los distintos cultos.

III. e) India

El hinduismo es una de las más antiguas y complejas religiones que existen, ya que carece de un cuerpo único y estructurado de creencias y de prácticas, convirtiéndose más bien en una filosofía de vida. Es el resultado de la unión de una serie de prácticas rituales y espirituales originarias del subcontinente indio, provenientes en su mayor parte del brahmanismo, la antigua religión india, también conocida como religión védica, que nació entre los siglos V y III a. C. Carece de un fundador y tampoco tiene una iglesia, ni un cuerpo unificado de prácticas rituales y creencias, ni un líder espiritual. Posee un panteón de divinidades muy diverso, de lo cual se deduce su tolerancia para todos los otros cultos, como por ejemplo el budismo, con el cual coexistió.⁶¹ Podemos decir que los conflictos fueron infrecuentes dentro de India antes de la conquista islámica, durante la cual musulmanes e hindúes comenzaron un enfrentamiento que perdura hasta la fecha.

IV. Religión grecorromana

Voy a limitarme a la religión romana, dado que los dioses griegos fueron fundamentalmente los mismos con otros nombres, y la política de ambos pueblos hacia otros cultos fue similar.

⁶⁰ Fuente: <http://cu.chineseembassy.org/esp/gk/zggk/t991622.htm>.

⁶¹ Fuente: <https://concepto.de/hinduismo/#ixzz6tM3YPk6L>.

En la materia del culto en Roma⁶² debemos distinguir entre el privado, propio de cada familia, y el público, que era la religión del Estado y es el que nos interesa. Debemos afirmar que los romanos fueron sumamente tolerantes hacia otras religiones. Todas estaban admitidas, si bien hubo en algunos momentos intentos de prohibir alguna, como los realizados ya durante el primer siglo de la República, cuando el Senado aprobó una legislación para intentar garantizar que solo se adorase a los dioses tradicionales únicamente mediante los ritos habituales, a raíz de la obsesión que se había desatado por cultos estrafalarios.

Esta tentativa no prosperó, al igual que otra encarada por el mismo Senado en el año 186 a. C. para intentar proscribir el culto al dios Liber, argumentando que un adivino griego había pervertido sus enseñanzas y fomentaba grandes orgías. Particularmente repugnante a los ojos de los conservadores de Roma era el culto de la diosa Syria, también conocida como diosa de Herápolis, que se aparecía en sueños a los esclavos incitándolos a rebelarse y volvía tan locos a sus devotos más fanáticos como para incitarlos a autocastrarse y vestirse como mujeres. Pese a todo el culto no se prohibió, aunque sí fue vedada la autocastración, que solamente volvió a permitirse a partir del año 101 a. C. pero siempre bajo severísima supervisión.

Ahora bien, a esta tolerancia hubo excepciones, los judíos primero y fundamentalmente los cristianos después. Esto no se debió a que esos cultos fuesen absolutamente repugnantes ni a que propiciasen el culto a un solo dios, sino a que no reconocían ninguna otra religión ni admitían ninguna otra divinidad que las propias. Fundamentalmente negaban el carácter divino de los emperadores.

Así fue que ya en el año 139 a. C. se había intentado prohibir a los judíos vivir en Roma con el pretexto de que “intentaban corromper los

⁶² Me remito aquí a mi trabajo GHIRARDI, J. C. (2005). “Roma y la Laicización del Derecho”. En *Derecho Romano. Temas Doctrinarios. Casos de la Estirpe de los Publio Venator*. Buenos Aires: La Ley.

valores romanos”, cosa que curiosamente sucedió cuando se iniciaba en Sicilia la gran rebelión de esclavos. Finalmente esa prohibición no se ejecutó y los judíos fueron relativamente tolerados, así como su culto, que siguió practicándose en Palestina.

Diferente fue el caso de los cristianos, quizás porque no habitaban una provincia determinada como los hebreos, sino que en cambio su culto se iba expandiendo entre los pobladores de todo el Imperio. Para colmo tenía una gran aceptación sobre todo entre las clases bajas y los esclavos, ya que predicaba la igualdad de todos los hombres.

De esta manera se desataron las grandes persecuciones en contra de los practicantes de ese culto, la primera de las cuales se debió a Nerón, que los hizo responsables del incendio de Roma ocurrido durante el verano del año 64 a. C., e hizo ejecutar entre grandes tormentos a 979 cristianos.⁶³ A partir de allí hubo sangrientas persecuciones desatadas por muchos emperadores, fundamentalmente Domiciano, Trajano, Marco Aurelio, Septimio Severo, Maximiano, Decio, Valeriano y Aureliano, hasta la última a cargo de Diocleciano, en el año 303 d. C. Finalmente, en el año 313 d. C. Constantino promulga el Edicto de Milán, que establecía la tolerancia para el culto cristiano, al cual Teodosio, último emperador del Imperio unificado, lo declara en el año 391 d. C. religión oficial del Imperio.

Entonces, el cristianismo invierte su rol y pasó de perseguido a perseguidor. A partir de la posición dominante que había adquirido, gradualmente iría eliminando a otras religiones, principalmente a las europeas, como son el caso de los celtas y los nórdicos. Lo cual no significa que haya dejado de ser perseguido a lo largo de los tiempos. Citemos el caso de San Carlos Lwanga y sus compañeros, que se desempeñaban como catequistas en Uganda durante el siglo XIX y fueron quemados vivos el 3 de junio de 1886 por bautizar en secreto a los

⁶³ Véase HOLLAND, T. (2017). *Dinastía*. Barcelona: Ático de los Libros, quien atribuye el dato a San Jerónimo.

nuevos fieles que se habían convertido y negarse a participar en las orgías que celebraba Mwanga, el rey de ese Estado.

V. La Edad Media

En la Edad Media todo había sido absorbido por la teología y el dogma, no había casi ninguna ciencia física, y lo poco que existía era remitido a los teólogos para determinar si estaba de acuerdo con los dogmas. En este caso esas creencias eran correctas; si no coincidían con ellos, estaban equivocadas. Todo razonamiento era hecho por métodos académicos, en el cual los dogmas de la Iglesia eran tomados como un punto de partida del que se podía razonar, pero al cual se debía regresar so pena de muerte.

Estos dogmas habían ido siendo forjados a partir del cuarto siglo, cuando el Obispo de Roma comenzó a reclamar autoridad como el Obispo Principal o Papa, y a menos que un hombre creyera en todos ellos no podía ser salvo y quemarse para siempre en el infierno.⁶⁴

Esto generó grandes persecuciones religiosas, como por ejemplo las llevadas a cabo por la Inquisición, que en esta etapa de la historia ejecutó a gran cantidad de presuntos herejes y brujas. Cuando los Estados feudales se organizaron como monarquías independientes del Papa, el poder punitivo se trasladó del poder religioso a los jueces civiles de estas monarquías, quienes continuaron la persecución de supuestas brujas hasta el siglo XVIII.

Ahora bien, el cristianismo tiene tres vertientes que conforman tres Iglesias diferentes. Una de ellas es el culto católico, apostólico y romano cuya cabeza es el Papa, sucesor de san Pedro. La segunda en aparecer

⁶⁴ FISCHER, S. (1900). *The True William Penn*. Disponible en www.hallvworthington.com/spanish/sRoman.html.

fue la Iglesia ortodoxa, que se considera la heredera de todas las comunidades cristianas de la mitad oriental del mar Mediterráneo y tras varios desencuentros y conflictos se separó de la Iglesia católica el 16 de julio de 1054, en lo que se llamó el “Cisma de Oriente y Occidente”. Y la tercera se gestó en Alemania, o mejor dicho lo que luego sería esa nación, durante el siglo XVI d. C., cuando Martín Lutero inició un nuevo movimiento religioso que produjo un cisma en el cristianismo, dando origen a numerosas Iglesias que conformarían lo que en adelante se conoció como el protestantismo. Entre las diversas sectas protestantes y los católicos llegó a haber conflictos armados de gravedad.

Entre otras religiones mal vistas por los cristianos de entonces estaba la de los judíos, a quienes no se reconocía derecho alguno. Eran incapaces de testificar ante una corte cristiana, podían ser objeto impunemente de asesinatos, robos, violaciones y otros delitos al no poder declarar contra un cristiano. Además, algunos niños judíos fueron secuestrados y convertidos al cristianismo. Tenían prohibido enseñar su religión, tener la Torá, y hubo también masivas expulsiones de ellos.

Entre los hitos religiosos de esta época no podemos dejar de mencionar a las cruzadas, que fueron campañas militares y religiosas impulsadas por el papado para recuperar Tierra Santa, que había caído en poder de los musulmanes. Se trató de nueve expediciones realizadas entre 1096 y 1291, y las más importantes fueron la primera, la tercera y la sexta, ya que permitieron la recuperación temporal de la ciudad de Jerusalén y el establecimiento de varios reinos cristianos en el Cercano Oriente. Todas las demás terminaron en estrepitosos fracasos, aunque no por ello cesaron las hostilidades y las persecuciones de los musulmanes en tierras de Europa.

El papado también llamó cruzadas a otras campañas militares y religiosas llevadas a cabo durante la Edad Media, por ejemplo, las que se realizaron en la península ibérica, en Europa Oriental y en el sur de Francia contra los cátaros.

Si se quiere, la religión monoteísta más tolerante en esta época fue el islam, que fijaba cierto grado de tolerancia al establecer que la llamada

Gente del Libro (judíos, cristianos, mandeos y zoroastrianos) tenían derecho a practicar su culto, si bien discretamente y pagando un impuesto. Aun así, los musulmanes no toleraban la idolatría y combatieron a los credos paganos en todos los países que su vasto Imperio llegó a conquistar.

VI. Persecuciones religiosas en los siglos XIX, XX y XXI

Los enfrentamientos religiosos no cesaron tras el final de la Edad Media. Por el contrario, recrudecieron, y así existieron guerras de religión como fueron las que tuvieron lugar entre católicos y protestantes tras la reforma luterana o las libradas entre los católicos jacobistas en Inglaterra y los protestantes hugonotes en Francia.

Por su parte, la exportación de esclavos negros a cargo de las potencias europeas incluía un cierto nivel de intolerancia religiosa al ser sus religiones tradicionales, como el Vudú y el Islam, prohibidas, y los que las practicaban, forzados a convertirse al cristianismo. Si bien los británicos fueron menos insistentes en este sentido que españoles y portugueses, igualmente mostraban un profundo desprecio por las culturas indígenas.

En el caso de los judíos, los diferentes nacionalismos europeos surgidos durante el siglo XIX generaron profundas muestras de antisemitismo y diferentes medidas discriminatorias contra esta población. Por su parte, la aparición del Ku Klux Klan en Estados Unidos tras la guerra de Secesión implicó la fundación de una organización no solo racista, sino cristiana fundamentalista, que combatía a judíos, católicos, homosexuales y las personas que eran consideradas contrarias al cristianismo protestante.

Una de las situaciones que moldeó más a América Latina en el aspecto religioso fue el enfrentamiento entre conservadores y liberales, los

primeros aliados a la Iglesia católica y los segundos fundamentados en los valores liberales seculares y anticlericales. Dicho enfrentamiento llevó incluso a la violencia.

Los enfrentamientos religiosos tampoco cesaron durante el siglo XX. Hubo numerosos conflictos como, a título explicativo que de ninguna manera pretende ser una enumeración exhaustiva ni tampoco cronológica, el genocidio armenio realizado por las autoridades musulmanas del Imperio otomano, la persecución antisemita en el Imperio ruso y la desatada contra los cristianos ortodoxos bajo el gobierno de Stalin. Sin olvidar por cierto las prácticas antisemitas llevadas a cabo por el régimen de Hitler, que adoptó medidas discriminatorias y humillantes contra los judíos, prohibiéndoles el ingreso a ciertas carreras, obligándolos a utilizar una marca distintiva, difundiendo propaganda contra ellos, impulsando pogromos, despojándolos de sus propiedades, confinándolos a guetos y llevados finalmente a los campos de exterminio.

No podemos olvidar tampoco la guerra entre católicos y protestantes que tuvo lugar entre los devotos de una y otra religión radicados en Irlanda del Sur y del Norte respectivamente. Por su parte, hacia el año 1948 se produjeron violentos enfrentamientos entre hindúes y musulmanes tras la independencia de la India, a raíz de los cuales se decidió dividir a la antigua colonia británica entre una república islámica, Pakistán, y un estado laico aunque mayoritariamente hindú, la India.

Asimismo, en Europa hubo conflictos al desintegrarse lo que fuera Yugoslavia, cuando los serbios, que eran cristianos ortodoxos, comenzaron una campaña contra los católicos croatas y los musulmanes bosnios, cosa que a su vez generó violentas represalias por parte de estos. Por su parte, en Chipre se suscitó un conflicto entre los chipriotas de origen griego y religión cristiana ortodoxa con los de origen turco y musulmanes.

Cuando, luego de la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas decidieron dividir Palestina para crear el estado de Israel, cosa que no fue aceptada por los árabes. Ello desató un sangriento conflicto entre judíos y palestinos –apoyados estos por los restantes países musulmanes– que aún continúa y que se ha propagado por todo el globo debido

a la aparición de organizaciones terroristas islámicas que atacan indiscriminadamente tanto a los hebreos radicados en otros estados como a los países que, según su estimación, los defienden. Ejemplo de ello son los atentados a la AMIA y la Embajada de Israel durante los años 90 en Argentina, o la destrucción de las Torres Gemelas el 11 de setiembre 2001 en Estados Unidos.

Además, el conflicto entre los musulmanes árabes y gente de otras religiones ha continuado, sin limitarse solo a los judíos. Así, en los años 80 la tensión entre cristianos y musulmanes en Líbano, único país árabe en el cual los cristianos eran mayoría hasta la llegada de miles de refugiados palestinos, desembocó en un violento conflicto armado. Irak, por su parte, desde la abolición de la monarquía se encuentra regido por la *sharía*, la ley islámica.

En fin, Extremo Oriente no ha estado ajeno a los conflictos y persecuciones religiosas, como la desatada por China en contra del budismo tibetano que forzó al exilio al Dalai Lama, la guerra civil de Sri Lanka entre los hindúes del norte contra el gobierno central dominado por budistas y los conflictos entre musulmanes y budistas en Tailandia y en Birmania, además de los que hubo entre musulmanes y católicos en Filipinas, la persecución en Vietnam durante el gobierno de los católicos que trataron de convertir a la mayoría budista de la región y las campañas contra la población china por parte de musulmanes que tuvo lugar cuando Indonesia se independizó de los Países Bajos.

VII. ¿Y en Argentina?

Durante la época colonial el panorama en materia religiosa fue similar al del resto de América Latina. La población era toda eminentemente católica y los sacerdotes intentaron evangelizar, a veces por la fuerza, a quienes no lo eran, como las comunidades indígenas.

Pero el panorama cambia con la sanción de la Constitución Nacional

de 1853, que indiscutiblemente consagra la más amplia libertad de culto, si bien establece una protección y un estatus especial a la religión católica. Citemos los párrafos relevantes en este aspecto:

Preámbulo: (...) invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia (...).

Art. 2: El gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico romano.

Art. 14: Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme las leyes que reglamenten su ejercicio (...) de profesar libremente su culto.

Art. 19: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (...).

Art. 76: Para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación se requiere... pertenecer a la comunión católica, apostólica romana (...).

El 22 de agosto de 1994 se aprobó la última reforma a esta carta magna, que amplió derechos y garantías de los ciudadanos, y se intentó realizar un control cruzado de las instituciones del país. En lo relativo al tema que nos interesa, el preámbulo no tuvo variantes, tampoco los artículos 2, 14, ni el 19. Ahora bien, el 76, que enumeraba los requisitos necesarios para ser elegido cualquier ciudadano presidente, se ha transformado ahora en el artículo 89, y de él se eliminó la exigencia de la pertenencia al culto católico, apostólico y romano para desempeñar la función, lo que implicó el fin de una injustificada discriminación para los agnósticos, ateos o practicantes de otras religiones.

En resumen, a mi entender en Argentina se respeta hoy el derecho de cada ciudadano a practicar el culto de su elección, o de no profesar ninguno. Ello sin perjuicio de la existencia, como siempre sucede, de extremistas que combatan alguno de ellos.

VIII. Conclusiones

Como lo afirmaba en otro trabajo,⁶⁵ y pasando por un momento de la libertad de cultos en particular a la libertad en general, si preguntásemos a alguien en la actualidad si el de la libertad es un principio general del derecho, sin pensarlo demasiado respondería que sí. Aunque sin embargo, si analizamos con algún mayor detenimiento la cuestión, esa afirmación no parece tan veraz ya que hay hoy muchas situaciones en las cuales, sin existir una esclavitud formal, si la hay de hecho.

Pero, como afirmaba entonces, nominalmente todos los seres humanos son libres, y esto implica no solamente la libertad física de disponer del propio cuerpo y sus acciones en la medida que las leyes lo permitan, sino fundamentalmente en lo que aquí nos interesa, tienen libertad para pensar y adoptar el culto que quieran o no profesar ninguno. Aunque esto, como he procurado mostrar, no ha sido siempre así y no lo es todavía en muchos países, como los que se rigen por una legislación basada en la religión oficial del Estado.

Volvamos ahora a la pregunta que me formulaba el comenzar este ensayo, que reitero ahora: ¿ha tenido siempre el ser humano libertad para elegir a qué o quién adorar, u optar por no adorar a nada ni a nadie? O, por el contrario, ¿se habrá visto obligado, en ciertas épocas o en algunos lugares, a profesar un culto determinado o a no tener ninguno, con la correlativa denegación de la posibilidad de adoptar otro?

Procurando responderla podríamos afirmar, sintetizando lo expuesto en los apartados precedentes, que no parece que hayan existido conflictos o persecuciones religiosas en la Antigüedad remota cuando se reverenciaban las fuerzas naturales, ni luego cuando surgieron los cultos antropomórficos politeístas.

⁶⁵ GHIRARDI, J. C. (2020). "La libertad de los seres humanos como principio general del derecho". En *Actas del VI Congreso sobre principios generales y Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores.

Paradójicamente, esta situación cambió al aparecer las religiones monoteístas, como los cristianos, los hebreos y los musulmanes, pese a que el monoteísmo implica una filosofía y una manera de razonar superiores a las de los politeísmos. A partir de allí han surgido las persecuciones y conflictos religiosos que continúan en la actualidad, y que no tienen visos de detenerse por el momento. De igual manera fueron perseguidos quienes no creen en ningún dios por parte de aquellos que sí lo hacen, y viceversa, los regímenes ateos combatieron a los creyentes.

En la actualidad la libertad de cultos no es un principio general del derecho aceptado universalmente, ya que si bien en algunos países como el nuestro está consagrada en la Constitución, de modo que podemos decir que aquí sí lo es, no sucede lo mismo en otros Estados. Dependerá entonces del lugar de la tierra en que nos encontremos para poder responder a la pregunta, respuesta que solo será válida para ese territorio nacional en particular.

Para terminar, y ya que estamos hablando de religión, pienso que todos deberíamos orar, al dios que sea o a ninguno en particular si no creemos en su existencia, para que algún día no muy lejano el de la libertad de cultos sea un principio general del derecho en todo el mundo.

El *ius gentium* y el Derecho Internacional westfaliano: sus diferencias y algunas consideraciones actuales

Por Elvira Méndez Chang⁶⁶

I. Introducción

En el siglo XXI, aún se suele usar “derecho de gentes” para referirse al derecho internacional como si fueran sinónimos; en especial, para el derecho internacional público. Este uso no es reciente porque se encuentra incluso antes de 1648 cuando se celebraron varios tratados que llevaron a la Paz de Westfalia, la cual suele ser considerada el momento del nacimiento del derecho internacional.⁶⁷

⁶⁶ GHIRARDI, J. C. (2020). “La libertad de los seres humanos como principio general del derecho”. En *Actas del VI Congreso sobre principios generales y Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores.

⁶⁷ LESAFFER, R. C. H. (1999). “La dimensión internacional de los tratados de Paz de Westfalia: Un enfoque jurídico”. En VILLAVERDE, F. (ed.). *350 años de la Paz de Westfalia: Del antagonismo a la integración en Europa*. Madrid: Biblioteca Nacional, p. 34 ss.

Sin embargo, el derecho de gentes no surgió en el siglo XVII. De la revisión de las fuentes romanas, se constata que estaba mencionado en la obra de Cicerón, las *Institutas* de Gayo, las Instituciones y el Digesto del emperador Justiniano I; en estas últimas, se utilizó la definición gayana (I. 1. 2. 1; D. 1. 1. 9). El *ius gentium* que fue estudiado por los juristas romanos era un derecho común que se aplicó a los *populi* (pueblos) y los seres humanos. Así, se encontró presente en las relaciones entre los pueblos, sean en tiempo de paz como en la guerra. Con respecto a los individuos, el *praetor peregrinus* lo empleó al ejercer su *iurisdictio* para la solución de las controversias que surgían entre ciudadanos romanos y extranjeros (*peregrini*), o extranjeros entre sí.

A partir de lo anterior, surge la siguiente pregunta: ¿cuál es la relación del *ius gentium* que existió en Roma con el derecho internacional westfaliano? Como respuesta, se plantea que el derecho de gentes tuvo un significado y alcances distintos a los correspondientes al derecho internacional westfaliano que surgió en el año 1648: el primero era un derecho común, el segundo era un derecho interestatal. Al ser diferentes, el *ius gentium* no puede ser considerado como antecedente del segundo. Para sustentar esta respuesta, se analizarán el concepto, los sujetos y el contenido del derecho de gentes en las fuentes romanas para compararlos con los que corresponden al derecho internacional westfaliano. De esta manera, se podrán identificar y sustentar sus principales diferencias.

Asimismo, se reflexionará acerca de qué podría asemejarse en la actualidad al *ius gentium* de los juristas romanos, para lo cual se presentarán algunas características del derecho internacional contemporáneo y, a continuación, se analizarán la *lex mercatoria* y las normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*).

Es necesario precisar que no se abordará lo regulado por el *ius fetiale*⁶⁸

⁶⁸ Sobre el *ius fetiale*, véase: DAL RI, L. (2010). "As interpretações do ius fetiale e a inaplicabilidade de conceitos modernos à cultura romana antiga." En *Seqüência; Estudos*

ni el tratamiento del *peregrinus* (extranjero),⁶⁹ temas muy interesantes en el derecho romano pero que exceden el objeto de esta investigación.

II. El surgimiento del *ius gentium*

Existe una discusión acerca de cuándo surgió el *ius gentium*. Antiguamente, éste era el derecho de la *gens* (en plural, *gentes*),⁷⁰ una agrupación de individuos unidos por vínculos religiosos que contaban con un antepasado común.⁷¹ El *ius gentium* se encontraba en contraposición al *ius civile*,

Jurídicos e Políticos, 31, 60, p. 225 ss.; 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. 33 ss.; TURELLI, G. (2011). "*Audi Iuppiter*". *Il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana*. Milano: Giuffrè.

⁶⁹ El tratamiento del *peregrinus* fue abordado en: MASCHI, C. A. (1962). "Istituti accessibili agli stranieri e *ius gentium*." En *Jus*, Nueva Serie, 3, III-IV, p. 388 ss.; MÉNDEZ CHANG, E. (2017). "El *peregrinus*, un concepto romano para un mundo globalizado" En ÁLVAREZ, M. B. y RINALDI, N. (ed.). *Actas del III Congreso de Principios Generales y Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores, p. 87 ss.; MÉNDEZ CHANG, E. (2020). "Reflexiones sobre el fundamento romanístico del trato nacional del extranjero en los Códigos Civiles de América del Sur." En LÓPEZ, M. del C. y RODRÍGUEZ, R. (coord.). *Fundamentos Romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*, II, Madrid: Universidad de Oviedo, p. 379 ss. Recuperado de: https://boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DR-2020-155&tipo=L&modo=2.

⁷⁰ ERNOUT, A. y MEILLET, A. (1959). "Gens". En *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine. Histoire des mots*. 4ª ed. Paris: Les Belles Letres, p. 271.

⁷¹ Lewis y Short definen la *gens* "(...) a race or clan, embracing several families united together by a common name and by certain religious rites " y a veces en oposición a los romanos. LEWIS, C. T. y SHORT, C. (1879). "Gens." En *A Latin Dictionary*. Oxford: Oxford University Press. Recuperado de: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0059%3Aentry%3Dgens>; ARANGIO RUIZ, V. (1954).

que era el derecho de los ciudadanos romanos.⁷² Para Maschi, existen indicios por los cuales se puede afirmar que el *ius gentium* fue anterior al *ius Quiritium*,⁷³ es decir, que sus instituciones eran aplicables a las *gentes* antes de la fundación de Roma en el año 753 a. C.

Una referencia al *ius gentium* se encontraba en la Ley de las XII Tablas (451-450 a. C.) cuando se señaló en *Tab. II.2* que “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” [*status dies cum hoste (...) quid horum fuit unum iudici arbitrove reove, eo dies diffissus esto*]. El fundamento para convocar a un extranjero (*hostis*)⁷⁴ a participar en un proceso en Roma era un derecho distinto al *ius quiritium*, que se aplicaba a los ciudadanos romanos (*quirites*): sería el *ius gentium*, un derecho común a los romanos y extranjeros.

Si bien el derecho de gentes existió en época anterior, Serrao afirmó que la “fase del *ius gentium*” inició en el siglo III a. C. durante

“Le genti e la città.” En *Scritti Giuridici raccolti per il centenario della Casa Editrice Jovene (1854-1954)*. Napoli, p. 110; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2006). *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*. 9ª ed. Madrid: Iustel, p. 353.

⁷² MICHEL, J. (1956). “Sur les origines du jus gentium.” En *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*. 3ª serie, III, p. 313; LEWIS y SHORT, *op. cit.*

⁷³ MASCHI, *op. cit.*, p. 388. En esa misma línea, LAURÍA, M. (1939). “Ius gentium.” En *Festschrift Paul Koschaker*, I. Weimar: Hermann Böhlau Nache, p. 264.

⁷⁴ *Hostis* fue un término antiguo aplicable al extranjero, el cual fue reemplazado por *peregrinus* según Cicerón (*Cic. De off. 1. 12. 37*: “*Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus*”), Varrón (*Varr. D. I. lat. 5. 3*: “... *aliud ante significabant, ut hostis: nam turn eo verbo dicebant peregrinum...*”) y Festo (*Festo S. V. hostis*: “*Hostis, apud antiquos peregrinus dicebatur...*”). Sobre el *hostis*, véase: 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. 35 ss.; MÉNDEZ CHANG, E. (2021). “*Hostis*: de extranjero a enemigo en el derecho romano.” En ÁLVAREZ, M. B. y RINALDI, N. (ed.). *Actas del VII Congreso de Principios Generales y Derecho Romano 2020*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores, p. 33 ss.

la República y coincidió con el proceso de expansión territorial de Roma.⁷⁵ En el año 242 a. C. fue creado el *praetor peregrinus* (pretor peregrino), un magistrado romano que tuvo *iurisdictio* sobre las controversias entre *cives Romani* y *peregrini* (extranjeros), así como *peregrini* entre sí. Según lo señalado en D. 1. 2. 2. 28, el pretor era competente para dar *actiones* con la finalidad de resolver estas controversias y aplicó el *ius gentium* a los extranjeros porque el *ius civile* era para los ciudadanos romanos.⁷⁶

Si bien la ausencia de fuentes romanas antiguas que mencionen expresamente al *ius gentium* mantiene abierta la discusión sobre cuándo surgió, hay referencias a éste en la actividad del *praetor peregrinus* en la República.

III. Acerca del *ius gentium*

Para comprender qué era el *ius gentium*, se analizará lo señalado por Cicerón y Gayo, así como la definición que se encuentra en el *Corpus Iuris Civilis* del emperador romano Justiniano I.

III. a) El *ius gentium* como el derecho aplicado por el *praetor peregrinus*

Si bien no hay una mención expresa del *ius gentium* en la Ley de las XII Tablas, los *peregrini* (los extranjeros antiguamente llamados *hostes*) participaron en los procesos en Roma al afirmar “*status dies cum hoste*”

⁷⁵ SERRAO, F. (1984). *Diritto Privato, Economia e Società nella Storia de Roma*. Napoli: Jovene, p. 347 s.

⁷⁶ CLARK, H. C. (1919-1920). “*Jus Gentium Its Origin and History – I!*” En *Illinois Law Review*, 14, 4, p. 250..

(Tab. II. 2) dentro del sistema jurídico romano, ya que no se les aplicaba el derecho extranjero.

A partir del siglo III a. C., está confirmada la existencia del *ius gentium* cuando se estableció la magistratura del *praetor peregrinus* porque este derecho fue utilizado para solucionar las controversias que surgían entre ciudadanos romanos y *peregrini* (extranjeros), así como entre *peregrini*.

Al respecto, Serrao afirmó que el *ius gentium* era el derecho comercial (*diritto dei traffici*) entre romanos y extranjeros que acompañó la expansión romana en el mar Mediterráneo a partir del siglo III a. C.,⁷⁷ es decir, era aplicado a los comerciantes en sus actividades. En la medida que Serrao planteó que el *ius gentium* fue el conjunto de normas que regulaban los actos y contratos comerciales, éste sería un antecedente de la llamada *lex mercatoria*,⁷⁸ que se desarrolló después de la caída del parte occidental del Imperio romano, cuyos creadores y destinatarios fueron los comerciantes.

No obstante, el planteamiento de Serrao puede ser cuestionado a partir de la revisión de las funciones del *praetor peregrinus* en la República: este magistrado tenía *iurisdictio* sobre las controversias que surgían entre los ciudadanos romanos y *peregrini*, o *peregrini* entre sí (D. 1. 2. 2. 28)⁷⁹ y no estuvo limitada a las disputas comerciales o entre comerciantes.

La labor del *praetor peregrinus* resultó muy importante para solucionar las disputas jurídicas que surgían entre los que tenían ciudadanía

⁷⁷ SERRAO, *op. cit.*, p. 347 s.

⁷⁸ CHAMIE GANDUR J. F. (2019). Reseña a F. Mercogliano, "Hostes Novi Cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica". En *Revista de Derecho Privado*, 37, p. 428 s.

⁷⁹ D. 1. 2. 2. 28: "Después, transcurridos algunos años, no bastando aquel Pretor, porque también gran número de extranjeros acudía a la ciudad, se creó otro Pretor, que se llamó Peregrino, en razón que ordinariamente ejercía la jurisdicción (*ius dicere*) entre extranjeros (*peregrini*): "Post aliquot deinde annos, non sufficiente eo Praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius Praetor, qui Peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat".

romana (*cives*) y quienes no la tenían (*peregrini*), o solamente entre extranjeros cuando se encontraban en territorio romano. A través del *ius dicere* (decir el derecho), el pretor peregrino identificó las acciones que protegían los derechos y obligaciones de los individuos, aunque no sean ciudadanos romanos, los que provenían del *ius gentium*,⁸⁰ sin necesidad que hayan acuerdos (*foedera*) entre el *populus Romanus* y otros pueblos que los establezcan. De allí que su *iurisdictio* se haya ejercido con flexibilidad, ponderación y alto sentido de la justicia para resolver las controversias sin requerir tener como fundamento una norma positiva.

III. b) El *ius gentium* como derecho común

El *ius gentium* era un derecho común a todos los seres humanos, sean individualmente considerados o agrupados en pueblos. Además de su aplicación a los particulares por el *praetor peregrinus*, el *ius gentium* contó con normas e instituciones públicas que regulaban las relaciones entre los pueblos: por ejemplo, las normas sobre la guerra, la inviolabilidad de los embajadores y la esclavitud de los prisioneros de guerra.⁸¹

III. b). 1. *Multa communia iura* de Cicerón

El *ius gentium* se encontraba presente en la obra del orador y jurista

⁸⁰ BAUMAN, R. A. (1989). "Oh no, Not Roman Law!?" En *Ancient History Resources for Teachers*, 19, 3, p. 134 s.; BROWN, B. (1937). "Jurisprudential Basis of Roman Law." En *Notre Dame Lawyer*, 12, 4, p. 363 s.; CLARK, *op. cit.*, p. 244.

⁸¹ ADAME GODDARD, J. (1991). "El *ius gentium* como Derecho Mercantil Internacional" En *Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías*, México: Universidad Autónoma de México, p. 171.

Marco Tulio Cicerón, quien reflexionó sobre su aplicación a los pueblos y a los seres humanos.

En su *De Officiis*, Cicerón se refirió a la existencia de un derecho común a los seres humanos. Previamente, el jurista dio cuenta de un cambio importante producido en el significado de la palabra *hostis*, el que se reflejará en quién era extranjero en Roma: “*Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus*” (*Cic. De off. 1. 12. 37*).⁸² Por ello, *hostis* fue un término utilizado para referirse al extranjero que era el enemigo de guerra del pueblo romano en el siglo I a. C. mientras que su antiguo significado de extranjero que no está en guerra con los romanos pasó al *peregrinus*.⁸³

En *Cic. De off. 3. 29. 108* se afirmó lo siguiente: “*Cum iusto enim et legitimo hoste res gerebatur, adversus quem et totum ius fetiale et multa sunt iura communia*”.⁸⁴ En este texto se mencionó que al enemigo de guerra (*hostis*) se aplicaba el *ius fetiale*⁸⁵ (derecho de los feciales) y otros

⁸² *Cic. De off. 1. 12. 37*: “... se llama *hostis*, al que ahora decimos *peregrinus*...” CICERÓN, M. T. (1989). *Sobre los deberes*. Madrid: Tecnos, p. 194. Como se señaló anteriormente, *hostis* fue la palabra utilizada en Roma para referirse al extranjero que no estaba en guerra con el pueblo romano. Sin embargo, su contenido se modificó con el paso del tiempo para significar enemigo de guerra; el antiguo concepto de extranjero pasó a *peregrinus*, lo cual también es mencionado por Varrón (*Varr. D. I. lat. 5. 3* “... *et multa verba aliud nunc ostendunt, aliud ante significabant, ut hostis: nam tum eo verbo dicebant peregrinum qui suis legibus uteretur...*”) y Festo (*Festo S. V. hostis: “Hostis, apud antiquos peregrinus dicebatur...”*).

⁸³ Sobre el cambio de significado, véase D'ANGELO, *op. cit.*, p. 35 ss.; MÉNDEZ CHANG, “*Hostis...*”, *op. cit.*, p. 33 ss.

⁸⁴ *Cic. De off. 3. 29. 108*: “Se trataba de un enemigo regular y legítimo, con el cual tenemos el derecho de los feciales y muchos otros derechos comunes.” CICERÓN, *op. cit.*, p. 211 s.

⁸⁵ El *ius fetiale* comprendía normas jurídico-religiosas que se aplicaban a las relaciones del *populus romanus* con otros pueblos y se utilizaban para celebrar acuerdos o declarar la guerra, entre otros. Al respecto, véase: CATALANO, P. (1990). *Diritto e Persone*. Torino: Giappichelli Editore, p. 30; DAL RI, *op. cit.*, p. 225 ss.; MÉNDEZ CHANG, “*El Ius...*”, *op. cit.*, p. 39 s.; TURELLI, *op. cit.*

derechos comunes con los que se hacía referencia al *ius gentium*. Esta afirmación era parte de la argumentación de Cicerón, quien sostuvo que los romanos tenían la obligación de cumplir los acuerdos celebrados con los enemigos de guerra (*hostes*) y, en caso de no hacerlo, cometerían perjurio. Se debe destacar que, pese a que se encontraban en una guerra, los romanos y sus enemigos debían cumplir las obligaciones que surgían de derechos que eran comunes a ambos: el *ius fetiale* y el *ius gentium*, los que también eran parte del sistema jurídico romano.

Multa communia iura eran las normas comunes que estaban vigentes en todos los pueblos y, en específico, el *ius gentium* como el derecho común a los seres humanos y pueblos. Según *Cic. De off.* 3. 29. 108, todos los pueblos tenían una obligación jurídica de honrar el juramento dado y cumplir lo pactado con los extranjeros, aunque sean enemigos de guerra (*hostes*), y su fundamento estaba en las normas comunes no escritas, no un acuerdo (*foedus*) celebrado entre los pueblos ni, menos aún, sustentado en el *ius civile* de los romanos.

En atención a lo señalado por Cicerón, se constata que el *ius gentium* no se limitó a regular las relaciones privadas entre los ciudadanos romanos y *peregrini* porque también tuvo normas públicas aplicables a las relaciones entre los pueblos como las referidas a las guerras, a la esclavitud de los enemigos capturados en una guerra, entre otros. Al respecto, Polibio de Megalópoli narró en sus *Historias* un hecho protagonizado por la reina Teuta de Iliria en el año 231 a. C., quien incumplió la norma de *ius gentium* que obligaba a respetar la vida de los embajadores:

Polibio, Historias, II, 3: La reina tomó este desenfado con una ira inconsiderada y propia de su sexo, y la irritó tanto el dicho, que sin respeto a derecho de gentes, envió en seguimiento de los embajadores que habían partido, para que diesen muerte al autor de semejante falta de respeto: acción que lo mismo fue saberse en Roma, que enfurecidos con el insulto de esta mujer, hacer aparatos de guerra, matricular tropas y equipar una armada.

La gobernante de Iliria concedió una audiencia a los embajadores

romanos, quienes le presentaron reclamos por los ataques de los piratas ilirios a varias embarcaciones romanas y le pidieron compensaciones. Durante la reunión, la reina Teuta se comportó con arrogancia y les habló de manera despectiva, con lo cual “Ofendido de esta respuesta el más joven de los embajadores, con libertad conveniente sí, pero importuna” (*Polibio, Historias*, II, 3) le hizo conocer airadamente su posición. Si bien fue inadecuado que el embajador romano tuviera esta reacción frente a las palabras de la reina, su conducta no justificó que ella lo mandara a matar. Esta fue una grave violación de una obligación de *ius gentium* por la que se debía respetar a los embajadores que fue atribuida a Teuta como gobernante del pueblo de Iliria. Como respuesta a esta vulneración del derecho de gentes, los romanos iniciaron la Primera Guerra Ilírica (229 a. C.). De este texto de Polibio se puede constatar que el *ius gentium* era el derecho común que tenía normas públicas (aquellas aplicables a los pueblos, como los romanos y los ilirios, y a sus gobernantes) y las que regularon las relaciones entre los particulares, es decir, a los seres humanos en general. Asimismo, el incumplimiento de una norma de derecho de gentes no afectó su validez ni su vigencia como sucedió en este caso.

En cuanto a la relación entre el *ius gentium* y el *ius civile*, en *Cic. De off.* 3. 17. 69 se estableció: “*Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt; quod civile non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet*”.⁸⁶ Al referirse Cicerón a los antepasados (*maiores*), enfatizó que era antigua la relación entre ambos derechos, lo cual respaldaría la posición por la cual el *ius gentium* existió desde el

⁸⁶ *Cic. De off.* 3. 17. 69: “Así pues, nuestros mayores quisieron que fuera uno el derecho de gentes y otro el derecho civil; el derecho civil no es siempre necesariamente el derecho de gentes, pero el de gentes siempre es también el derecho civil”. CICERÓN, *op. cit.*, p. 194. Véase también *Partitiones Oratoriae*, 37. 130: “*Atque haec communia sunt naturae atque legis; sed propria legis et ea quae scripta sunt, et ea quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur*”.

inicio de la ciudad de Roma. El jurista consideró que el *ius gentium* y el *ius civile* eran distintos porque el primero contenía normas comunes para los seres humanos, mientras que el derecho civil era el que respondía a los intereses y necesidades de cada ciudad⁸⁷ y aplicables solamente a sus ciudadanos. Por ello, el *ius civile* establecido por el *populus Romanus* tenía instituciones propias que no eran aplicadas a todos los seres humanos, como la *patria potestas* ejercida por el *pater familias* (ciudadano romano *sui iuris*) y las *iustas nuptiae* contraída por ciudadanos romanos. No obstante, la aplicación del *ius civile* no podría justificar el incumplimiento del *ius gentium*. En el caso mencionado por Polibio, aunque la reina Teuta hubiese argumentado que aplicó el derecho de Iliria al embajador romano para matarlo, no podría eximirlo de las consecuencias jurídicas de la vulneración de una norma de derecho de gentes.

Cuando Cicerón afirmó “*quod autem gentium, idem civile esse debet*” (*Cic. De off.* 3. 17. 69), en primer lugar, subrayó que el *ius gentium* estaba presente en los derechos civiles de todos los pueblos y, en consecuencia, también era parte del sistema jurídico romano. Por ello, las normas de *ius gentium* fueron aplicadas a quienes se encontraban en territorio romano sin requerir contar con la aceptación o la incorporación formal a través de un acto normativo público al derecho aplicable en Roma. Además, no dependía de la celebración de acuerdos (*foedera*) entre los pueblos. En segundo lugar, el *ius civile* se debía adaptar al *ius gentium*, no a la inversa porque al ser este último era un derecho común, universal, e inderogable.⁸⁸ Esto será mencionado por Gayo al referirse a la *naturalis ratio* (razón natural) como el fundamento del derecho de gentes.

⁸⁷ BRYCE, J. (1980). “The Law of nature” En *Studies in History and Jurisprudence*. Vol. 2. Aalen: Scientia Verlag, p. 137 s.

⁸⁸ AGUILAR, J. M. (1946). “The Law of Nations and the Salamanca School of Theology” En *Thomist: a Speculative Quarterly Review*, 9, 2, p. 189.

Por consiguiente, el *ius gentium* fue un derecho común para todos los seres humanos y los pueblos, así como era parte del sistema jurídico romano para Cicerón. Si bien sus normas se encontraban en el *ius civile*, no eran idénticas a este último y los intereses de un pueblo no podían justificar el incumplimiento de las normas de derecho de gentes.

Después del fin de la República, el *ius gentium* se continuó aplicando a las relaciones entre particulares, a través de la *iurisdictio* del *praetor peregrinus*, y a los pueblos.

III. b). 2. La definición de *ius gentium* en las *Institutas* de Gayo

En la etapa imperial, hubo varias referencias al *ius gentium* y se debe destacar lo mencionado en las *Institutas* de Gayo, elaboradas en el siglo II d. C., donde se encuentra la siguiente definición.

Gai. 1. 1: Todos los pueblos, que se rigen por leyes y costumbres, usan en parte del suyo y en parte del derecho común a todos los hombres. Porque el derecho que cada pueblo constituyó él mismo para sí, es propio de la ciudad y se llama derecho civil; como derecho peculiar de aquella misma ciudad; pero el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado igualmente por todos, y se llama derecho de gentes, como derecho que se valen los pueblos.⁸⁹

La definición de Gayo establece algunos puntos fundamentales para

⁸⁹ *Gai.* 1. 1: “*Omnes populi que legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur*”.

entender al *ius gentium*. Como mencionó Cicerón, en *Gai.* 1. 1 se afirmó que era un derecho común y lo distinguió del *ius civile*, que era el ordenamiento particular de un determinado pueblo. Esto es muy importante porque el *ius gentium* fue aplicado a todos los seres humanos sin establecer *a priori* diferencias basadas en raza, ciudadanía, sexo u otros criterios, así como a todos los pueblos.

En concordancia con lo señalado por Cicerón en *De off.* 3. 17. 69, Gayo sostuvo que las normas que un pueblo empleaba procedían del derecho común a todos los seres humanos (*ius gentium*) y del derecho propio que fue producido en función a sus intereses y fines (*ius civile*). Por ello, el *ius gentium* y el *ius civile* se aplicaron directamente a los seres humanos que se encontraban en el territorio de un pueblo y ambos eran parte del sistema jurídico romano. Esto último justifica por qué no se requirió la incorporación del *ius gentium* ni otro acto de aceptación o recepción para que sus normas sean aplicadas a los seres humanos en territorio romano y por autoridades romanas.

Para Gayo, el fundamento del *ius gentium* fue la *naturalis ratio* (razón natural), que era común a todos los seres humanos.⁹⁰ La razón natural, basada en los planteamientos de Aristóteles⁹¹ y los estoicos,⁹² fue la base de este derecho común universal e inmutable⁹³ aplicado a todos

⁹⁰ AGUILAR, *op. cit.*, p. 189.

⁹¹ Para Bauman, "the basis of the *ius gentium* was simply the theory of natural law formulated by Aristotle". BAUMAN, R. A. (1986). "Odit et Amo: Some Remarks on Roman Attitudes to Greek Law". En *Ancient Society*, 16, 1, p. 10. La influencia de las *polis griegas* en Roma se dio en la República y continuó en el Imperio. Sobre esta influencia en varios aspectos del derecho en Roma, véase: CASCIONE, C. y MASI DORIA, C. (2012). "Du bilinguisme juridique dans le monde Antique". En *European Review of Private Law*, 20, 5/6, p. 1205.

⁹² CLARK, *op. cit.*, p. 252.

⁹³ AGUILAR, *op. cit.*, p. 189; BORCHARD, E. M. (1913). "Basic Elements of Diplomatic Protection of Citizens Abroad". En *The American Journal of International Law*, 7, 3, p. 506 s.; CLARK, *op. cit.*, p. 253.

seres humanos y los pueblos del mundo. Además, era la expresión de los criterios de justicia y humanidad porque no dependía de los intereses de cada pueblo. Por provenir de la razón natural, las normas de *ius gentium* existieron y se aplicaron sin haber estado escritas ni ser el resultado de la celebración de acuerdos (*foedera*) entre los pueblos.

Acerca de la relación entre el *ius gentium* y el *ius civile*, Gayo coincidió con lo afirmado por Cicerón y consideró que la *naturalis ratio* era el fundamento por el cual todos los seres humanos y los pueblos usaron este derecho común. En caso de conflicto, las normas del *ius civile* no podían servir de justificación para desconocer, dejar de aplicar o incumplir lo establecido por el derecho de gentes.

En cuanto a quiénes eran los sujetos del *ius gentium*, la definición de Gayo identificó a los pueblos, los *reges* (por ejemplo, la reina Teuta de Iliria) y los seres humanos, sean ciudadanos romanos o *peregrini*. Inclusive los esclavos, porque llegan a ser tales en aplicación de normas de derecho de gentes.

Finalmente, el *ius gentium* fue un derecho no escrito. No se han encontrado evidencias de que existió un “estatuto del *peregrinus*” ni referencias de éste. El motivo por el cual no fue necesario tener un texto escrito fue que las normas de *ius gentium* eran establecidas por la razón natural y, por ello, formaban parte del sistema jurídico romano. En consecuencia, el pueblo romano aplicó tanto las normas de *ius gentium* como las del *ius civile* a todos los hombres y en sus relaciones con otros pueblos.

En el año 212 d. C., la *Constitutio Antoniniana* del emperador Antonino Caracalla estableció una concesión general de ciudadanía romana a todos los individuos libres que habitaban en territorio del imperio, aunque exceptuó a los latinos aelianos y junianos.⁹⁴ Esta constitución imperial permitió que muchos *peregrini* (extranjeros) se convirtieran en

⁹⁴ MASTINO, A. (1984). “Antonino Magno, la cittadinanza e l'Imperio Universale”. En CATALANO, P. y SINISCALCO, P. *La nozione di "romano" tra cittadinanza e universalità*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 559 ss.

ciudadanos romanos y se les pudiese aplicar tanto el *ius gentium* como el *ius civile*. Esta concesión general de la ciudadanía romana modificó el concepto de *peregrinus*, pero no alteró el concepto de *ius gentium*, aunque tuvo un impacto en la separación entre derecho de gentes y derecho civil en Roma.⁹⁵ No obstante, el *ius gentium* siguió siendo el derecho común aplicado a las relaciones entre pueblos y a los extranjeros que se encontraban fuera del territorio romano.

III. b). 3. La definición de *ius gentium* en el Digesto y las *Instituciones* de Justiniano

En el siglo VI d. C., el emperador Justiniano I ordenó la codificación de las normas del derecho romano y, como resultado, entraron en vigor el *Digesto*, las *Instituciones* y el *Código*.

En el *Digesto* se reprodujo la definición de las *Institutas* de Gayo en el siguiente fragmento:

D. 1. 1. 9: Todos los pueblos, que se rigen por leyes y costumbres, usan en parte del suyo y en parte del derecho común a todos los hombres. Porque el derecho que cada pueblo constituyó él mismo para sí, es propio de la ciudad y se llama derecho civil; como derecho peculiar de aquella misma ciudad; pero el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado igualmente por todos, y se llama derecho de gentes, como derecho que se valen los pueblos.⁹⁶

⁹⁵ ADAME GODDARD, *op. cit.*, p. 171; CLARK, *op. cit.*, p. 260.

⁹⁶ D. 1. 1. 9 (Gayo, *Instituciones*): “*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*”.

Asimismo, las *Instituciones* de Justiniano definieron el *ius gentium* de manera similar a lo que se señaló en el *Digesto*:

I. 1. 2. 1: El derecho se divide en civil o de gentes. Todos los pueblos regidos por leyes o costumbres tienen un derecho, que en parte les es propio, y en parte es común a todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo se da exclusivamente, es propio de los individuos de la ciudad, y se llama derecho civil; mas el que una razón natural establece entre todos los hombres, y se observa en casi todos los pueblos, se llama derecho de gentes, es decir, de todas las naciones. Los romanos siguen también un derecho en parte aplicable a los solos ciudadanos y en parte a todos los hombres. Cuidaremos de determinarlos en sus respectivos lugares.⁹⁷

Si bien resultan similares los textos de *Gai.* 1. 1, D. 1. 1. 9 e I. 1. 2. 1, éstos fueron elaborados en contextos históricos distintos: las *Institutas* de Gayo fueron redactadas antes de la emisión de la *Constitutio Antoniniana* y no tuvieron en cuenta la concesión general de ciudadanía romana otorgada por el emperador Antonino Caracalla. Siglos más tarde, el *Digesto* y las *Instituciones* de Justiniano consagraron la concesión general de ciudadanía romana dada a todos los habitantes libres del Imperio sin las excepciones anteriores según D. 1. 5. 17: “Los que están en el orbe Romano, se hicieron ciudadanos Romanos por una Constitución del Emperador Antonino”.⁹⁸

⁹⁷ I. 1. 2. 1: “*Ius autem civile, vel gentium ita dividitur. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Et populus Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemus.*”

⁹⁸ D. 1. 5. 17 (Ulpiano, *Disputas*): “*In orbe Romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt.*”

La definición del *Digesto* y de las *Instituciones*, que es similar a la de *Gai.* 1. 1, coincidió también con el planteamiento de Cicerón al afirmar que el *ius gentium* era un derecho común a todos los seres humanos y a todos los pueblos del mundo, lo cual era congruente con la aspiración de universalidad del derecho romano justiniano. Este derecho común no estaba fundamentado en los intereses o las necesidades de algún pueblo en particular, a diferencia del *ius civile*. Cuando este último fue establecido por el *populus Romanus*, se determinaron cuáles instituciones eran exclusivas de los ciudadanos romanos, las que no fueron aplicadas a los *peregrini* (extranjeros).⁹⁹

Si bien las *Instituciones* de Justiniano mencionaron que había una división del derecho (*Ius autem civile, vel gentium ita dividitur*), era con fines didácticos porque se trataba de un texto para los estudiantes de derecho (*Const. Imp. Maie.* 3).¹⁰⁰ La lectura de I. 1. 2. 1 permite concluir que el *ius gentium* y el *ius civile* no estaban separados, es más, se encontraban dentro del sistema jurídico romano. Por lo tanto, el derecho de gentes era aplicable a todos los seres humanos, entre los cuales estaban los ciudadanos romanos.

Como el *ius gentium* fue establecido por la *naturalis ratio*, que era

⁹⁹ "(...) les étrangers sont exclus d'un éventail très large d'actes, parmi lesquels figurent les actes commerciaux qui concernent les *res pretiosiores* (les biens les plus précieux), les formes de mariage visant à constituer un lien juridique, les testaments, les actes de procédure, certains serments." CASCIONE y MASI DORIA, *op. cit.*, p. 1200. En esa misma línea, véase BAUMAN, "Oh no...", *op. cit.*, p. 135.

¹⁰⁰ La Constitución *Imperatoriam Maiestatem* del año 533 d. C. hizo entrar en vigor a las *Instituciones* de Justiniano y era parte de la reforma de los estudios de Derecho. En *Const. Imp. Maes.* 3, el emperador señaló "que bajo nuestra autoridad y con nuestros consejos compusieran unas Instituciones, para que los primeros rudimentos de las leyes podáis, no aprenderlos en las fabulosas obras antiguas, sino alcanzarlos en las del esplendor imperial" [*"ut nostra auctoritate nostrisque suasionibus componant Iustitutiones; ut liceat vobis prima legum cunabula, non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere"*].

universal, debía tener observancia absoluta¹⁰¹ en los pueblos y entre los seres humanos sin que se pudiera justificar el incumplimiento de las normas del derecho de gentes por la aplicación del *ius civile* o por los intereses de un determinado pueblo. Este derecho común no surgió a partir de acuerdos (*foedera*) entre los pueblos ni su aplicación estuvo condicionada a la reciprocidad.

Es importante que se haya afirmado que la razón civil no podía corromper los *naturalia iura* como acertadamente se señaló en D. 4. 5. 8, un fragmento atribuido a Gayo: “Es evidente que aquellas obligaciones que se conoce que entrañan una prestación natural no se extinguen con la disminución de cabeza, porque la razón civil no puede destruir los derechos naturales”.¹⁰² La modificación de alguno de los estados de un ser humano (*capitis deminutio*) estaba regulada por el *ius civile* de los romanos y respondía a los intereses del *populus Romanus*. No obstante, ello no llevó a la alteración o extinción de los derechos naturales cuando se producía la disminución de cabeza porque “*civilis ratio naturalia iura corrompere non potest*”. En la medida que el *ius gentium* era un derecho común cuyas disposiciones eran establecidas por la razón natural, era entendido como universal, inmutable, inderogable e independiente de la voluntad de los pueblos, los gobernantes y los seres humanos. Por ello, las normas de derecho de gentes estaban vigentes, debían ser respetadas y cumplidas, aunque se opusieran a las normas del derecho civil o vayan contra los intereses de un pueblo o su gobernante, como sucedió con la reina Teuta de Iliria.

Otro fragmento que presenta el conflicto entre la *naturalis ratio* y una

¹⁰¹ BEZEMER, C. H. (1981). “A Repetitio by Jacques De Révigny on the Creations of the *Ius Gentium*.” En *Revue d’Histoire du Droit*, 49, p. 298; BROWN, *op. cit.*, p. 364; CLARK, *op. cit.*, p. 347.

¹⁰² D. 4. 5. 8 (Gayo, *Comentarios al Edicto Provincial*): “*Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelliguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrompere non potest*”.

norma de *ius civile* en Roma es el que se refirió al usufructo (*usufructus*) del dinero. Según la definición de D. 7. 1. 1 “El usufructo es el derecho de usar y disfrutar de cosas ajenas, quedando salva la naturaleza de las cosas”.¹⁰³ De este modo, la *res* (cosa) sobre la que recaía el usufructo debía ser fructífera no consumible para ser usada y producir los frutos, los que serían adquiridos por el usufructuario. Además, la *res* dada en *usufructus* no debía ser destruida o extinguida por el uso porque debía ser devuelta a su propietario. No obstante, en el *Digesto* se mencionó que podrían constituirse el usufructo sobre todas las cosas, inclusive aquellas que se consumían o eran destruidas con el uso según D. 7. 5. 1: “Determinó el Senado, que pueda legarse el usufructo de todas las cosas que constase que existen en el patrimonio de cualquiera; por cuyo Senadoconsulto parece que se introdujo, que pueda legarse el usufructo de aquellas cosas que se consumen o disminuyen por el uso”.¹⁰⁴ La decisión del Senado romano por la cual se admitía la posibilidad de legar en usufructo todas las cosas (*res*) patrimoniales, inclusive las consumibles, resultaba jurídicamente cuestionable; entre estas últimas estaba el dinero, una *res* consumible que se extinguía con el primer uso. Al respecto, se explicó por qué no podía constituirse un usufructo de dinero en D. 7. 5. 2. 1: “Por cuyo Senadoconsulto no se hizo esto, que propiamente hubiese usufructo de cantidad de dinero; porque la razón natural no se pudo alterar por la autoridad del Senado”.¹⁰⁵ La razón natural determinó que se constituyera usufructo sobre las cosas

¹⁰³ D. 7. 1. 1 (Paulo, *Comentarios a Vitelio*): “*Usufructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*”.

¹⁰⁴ D. 7. 5. 1 (Ulpiano, *Comentarios a Sabino*): “*Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usufructus legari possit; quo Senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit usufructus legari*”.

¹⁰⁵ D. 7. 5. 2. 1 (Gayo, *Comentarios al Edicto Provincial*): “*Quo Senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae usufructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit*”.

fructíferas no consumibles y no sobre aquellas *res* consumibles como el dinero. En consecuencia, fue acertado que el Senado decidiera no establecer el usufructo sobre el dinero porque este resultaría “antinatural” por ir contra la *naturalis ratio*. En el supuesto de que el Senado hubiese decidido otorgar el usufructo sobre el dinero, pese a ser contrario a la razón natural, hubiese prevalecido ésta sobre la norma de *ius civile*.

En cuanto a las normas e instituciones del *ius gentium*,¹⁰⁶ se encuentran varias en el *Digesto* y se aplicaron tanto a los pueblos como a los individuos como se señaló en un fragmento atribuido a Hermogeniano:

D. 1. 1. 5: Por este derecho de gentes se introdujeron las guerras, se dividieron las gentes, se fundaron los reinos, se distinguieron los dominios, se pusieron límites a los campos, se constituyeron edificios, se instituyeron el comercio, las compraventas, los arrendamientos, y las obligaciones, con excepción de algunas introducidas por el derecho civil.¹⁰⁷

En este fragmento se precisó que el *ius gentium* contaba con normas públicas para las relaciones entre los pueblos y las aplicables a los seres humanos. Entre las que se aplicaban a los pueblos estaban las referidas a la guerra, las que establecieron los límites de sus territorios y la inviolabilidad de los embajadores o legados. El *Digesto* recogió esta última obligación en el siguiente fragmento:

D. 50. 7. 17: Si alguno hubiese golpeado a un legado de los enemigos, se estima

¹⁰⁶ Para Clark, “The Digest is an enduring monument to Jus Gentium. [...] Justinian's Digest stands out easily not only as the greatest work on Roman law, but as the world's greatest law book.” CLARK, *op. cit.*, p. 263.

¹⁰⁷ D. 1. 1. 5 (Hermogeniano, *Epítome del Derecho*): “*Ex hoc iure gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emtiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutæ, exceptis quibusdam, quæ a iure civili introductæ sunt.*”

que hizo esto contra el derecho de gentes, porque los legados son considerados santos; y por lo tanto, si hallándose entre nosotros legados de alguna nación se hubiera declarado la guerra contra ellos, se respondió que ellos quedaban libres; porque es conveniente al derecho de gentes que así sea. Y así, Quinto Mucio solió responder, que el que hubiese golpeado a un legado debía ser entregado a los enemigos, de quienes eran los legados (...).¹⁰⁸

El *ius gentium* estableció la obligación de respetar al embajador o legado de un pueblo extranjero, aunque fuese un enemigo (*hostis*). En consecuencia, no se podía afectar su integridad física ni quitarle la vida mientras ejercía esta función. De este modo, se constata la permanencia de una norma de *ius gentium* sobre la inviolabilidad de los embajadores o legados que se encontraba vigente en la República y fue mencionada por Polibio a propósito de la muerte de un embajador romano por orden de la reina Teuta de Iliria (*Polibio, Historias*, II. 3). Según D. 50. 7. 17, todos los pueblos, sus gobernantes y los seres humanos estaban obligados a respetar a los embajadores o legados de otros pueblos. Esta obligación no se limitaba a aquellos que representaban a los pueblos con los que se tenían relaciones pacíficas, también era exigible respecto al representante de un pueblo enemigo (*legatus hostium*) al cual se le hubiese declarado la guerra (*bellum cum iis indictum sit*). De allí que toda agresión física contra un legado de un pueblo, aunque no sea letal, fuera considerada una grave vulneración al *ius gentium* porque este representante era considerado santo (*quia sancti habentur legati*). En caso de que se produjera esta grave ofensa al derecho de gentes, el pueblo estaba obligado a repararla y entregar a quien agredió al *legatus hostium*.

¹⁰⁸ D. 50. 7. 17 (Pomponio, *Comentarios a Quinto Mucio*): “*Si quis legatum hostium pulsasset, contra ius gentium id commissum esse existimatur, quia sancti habentur legati; et ideo, si, quum legati apud nos essent gentis alicuius, bellum cum iis indictum sit, responsum est liberos eos manere; id enim iuri gentium convenit esse. Itaque eum, qui legatum pulsasset, Quintus Mucius dedi hostibus, quorum eran legati, solitus est respondere (...)*”.

Si quien vulneró la inviolabilidad de un embajador o legado era un ciudadano romano, el *populus Romanus* debía entregarlo al pueblo del cual el legado era representante.

Para Bloch, resulta curioso que este fragmento atribuido a Pomponio no haya mencionado los rituales religiosos o que era necesario que el legado llevara hierbas santas (como la *sagmina*) para cumplir sus funciones, y atribuye esta ausencia al requisito de reciprocidad que algunos pueblos exigían para respetar a los legados extranjeros.¹⁰⁹ Sin embargo, se debe tener en cuenta, en primer lugar, que la vigencia y aplicación de una norma de *ius gentium* no dependía de la reciprocidad porque pertenecía al derecho común y era establecida por la razón natural. En segundo lugar, el emperador Justiniano I fue un gobernante cristiano y ello influyó en muchas normas que están en el *Corpus Iuris Civilis*. Por ello, es plausible que no se hubieran mencionado los rituales más antiguos sobre investidura religiosa del legado que fueron utilizados para consagrarlo como santo (*sanctus*).

Respecto a otra institución de *ius gentium* que se mantuvo a lo largo de la historia de Roma fue la esclavitud, tal como se señaló en D. 1. 5. 4. 1: “La esclavitud es una constitución del derecho de gentes por la que alguno está sujeto contra la naturaleza al dominio ajeno”.¹¹⁰ Si bien se afirmó que la esclavitud era contraria a la libertad¹¹¹ del ser humano, se aplicó en todos los pueblos y a todos los seres humanos. Cuando los pueblos estaban en guerra, los enemigos capturados eran hechos prisioneros y convertidos en esclavos (D. 1.

¹⁰⁹ BLOCH, D. (2006). “Res Sanctae in Gaius and the Founding of the City”. En *Roman Legal Tradition*, 3, p. 54.

¹¹⁰ D. 1. 5. 4. 1 (Florentino, *Institutiones*): “*Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur*”.

¹¹¹ D. 1. 5. 4. pr. (Florentino, *Institutiones*): “Libertad es la natural facultad de hacer lo que place a cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza o por el derecho: “*Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut iure prohibetur*”.

5. 5. 1).¹¹² Asimismo, si una mujer había sido esclava desde el inicio de la gestación hasta el parto, su hijo o hija nacía esclavo (D. 1. 5. 5. 1)¹¹³ porque la madre le transmitía este estado jurídico según el derecho de gentes.

En cuanto a las relaciones entre los particulares (ciudadanos romanos y *peregrini*), el *ius gentium* dio lugar a la mayoría de obligaciones según D. 1. 1. 5, es decir, nacieron a partir de la *naturalis ratio* (que expresa una conciencia común de los pueblos del mundo) y no del *ius civile*.

Por lo anteriormente mencionado, el *ius gentium* fue el derecho común establecido por la razón natural y aplicado a todos los pueblos y seres humanos del mundo (*orbis terrarum*). Además, se encontraba dentro el sistema jurídico romano. El incumplimiento de las normas de derecho de gentes no pudo ser justificado por la aplicación del *ius civile*.

IV. El derecho internacional a partir de la Paz de Westfalia (1648)

Con la caída de la parte occidental del Imperio romano, los reinos y los pueblos europeos continuaron relacionándose entre sí, celebraron acuerdos, plantearon reclamos y, en muchos casos, llevaron a cabo guerras para solucionar sus disputas. En los siglos XV y siglo XVI se sostuvo que el derecho de gentes se aplicaba a las relaciones entre las comunidades políticas, cuyo antecedente habría sido el *ius gentium* que existió en las fuentes jurídicas romanas.

¹¹² D. 1. 5. 5. 1 (Marciano, *Instituciones*): "(...) por el derecho de gentes son esclavos nuestros, los que son cogidos de los enemigos (...)"

¹¹³ D. 1. 5. 5. 1 (Marciano, *Instituciones*): "(...) por derecho de gentes son esclavos (...) los que nacen de nuestras esclavas". "(...) *iure gentium servi nostri sunt (...)* qui ex ancillis nostris nascuntur".

Para Francisco de Vitoria, el más destacado representante de la Escuela Española de Derecho Internacional, las relaciones de la *societas gentium* compuesta por los Estados¹¹⁴ se encontraban reguladas por el derecho de gentes¹¹⁵ que definió en su *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*: “Se llama derecho de gentes el que la razón natural constituyó entre todas las naciones” (*De Indis, sec. III, pro. 1*).¹¹⁶ Si bien esta definición repitió parcialmente lo señalado en *Gai.* 1. 1, D. 1. 1. 9 e I. 1. 2. 1, tuvo una diferencia importante porque reemplazó el término *homines* de las fuentes romanas por *gentes*, que se refería a los Estados,¹¹⁷ entes políticos soberanos con personalidad jurídica distinta a sus súbditos. De esta manera, el derecho de gentes vitoriano fue el derecho entre los Estados (*ius inter gentes*), no un derecho común a todos los seres humanos (*ius gentium*), lo cual tuvo una influencia en la concepción del derecho internacional como un derecho interestatal.

Se considera que el nacimiento del derecho internacional se dio con la Paz de Westfalia, la cual se logró a partir de los acuerdos de paz de Osnabrück y Münster firmados el 24 de octubre de 1648, los que

¹¹⁴ Para Fernández Ruiz-Gálvez, el orbe vitoriano comprendía distintas comunidades políticas, como las naciones o los Estados, y constituía “una comunidad universal de todos los hombres y de todos los pueblos particulares.” FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. (2017). “El *totus orbis* y el *ius gentium* en Francisco de Vitoria: el equilibrio entre tradición e innovación.” En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 35, p. 24.

¹¹⁵ CASTELLÀ SURRIBAS, S. J. (2016). *¿Hacia un nuevo Derecho de Gentes? El principio de dignidad de la persona como precursor de un Nuevo derecho internacional*. Discurso de ingreso en la Real Academia Europea de Doctores, como Académico de Número, en el acto de su recepción el 30 de junio de 2016, Barcelona, p. 55 s.

¹¹⁶ *De Indis, sec. III, pro. 1*: “*Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium*.” DE VITORIA, F. (1928). *Relecciones sobre los indios y el derecho de Guerra*. Madrid: Espasa Calpe, p. 144 s.

¹¹⁷ GARCÍA VILAR, J. A. (1982). “Comunidad internacional y derecho de gentes en Gabriel Vásquez.” En *Revista de Estudios Internacionales*, 3, 3, p. 781.

fueron celebrados por los Estados católicos y protestantes europeos, y pusieron fin a la guerra de los Treinta Años¹¹⁸ en el Sacro Imperio Romano Germánico y a la guerra de los Ochenta Años entre España y los Países Bajos. A diferencia de los acuerdos celebrados anteriormente, los tratados de la Paz de Westfalia establecieron derechos y obligaciones internacionales para los Estados soberanos europeos cristianos cuyo fundamento era el consentimiento expresado por ellos. De este modo, el derecho internacional fue entendido como el conjunto de normas jurídicas internacionales que regulaban las relaciones entre los Estados, entes soberanos e iguales.¹¹⁹ Al ser un derecho creado y aplicado por los Estados,¹²⁰ Richard Zouche lo llamó *ius inter gentes*.¹²¹ En 1780, la expresión *ius inter gentes* fue reemplazada por el “derecho internacional”, acuñado por Jeremy Bentham para referirse al derecho que regulaba las relaciones entre los Estados;¹²² este tuvo mejor acogida y es utilizado hasta la actualidad.

La centralidad del Estado en el derecho internacional westfaliano hizo que fuera su único sujeto y tuviera una doble función: creador de las

¹¹⁸ LESAFFER, *op. cit.*, p. 34 s.; MARQUARD, B. (2007). “El mito del sistema de Westfalia: una re-evaluación de la cesura de 1648 en la historia del Derecho Internacional Público.” En *Pensamiento Jurídico* (Bogotá), 20, p. 105.

¹¹⁹ CASTELLÀ SURRIBAS, *op. cit.*, p. 42.

¹²⁰ CRAWFORD, J. (2018). “The current political discourse concerning International Law.” En *Modern Law Review*, 81, 1, p. 6 s.; DIEZ DE VELASCO, M. (2013). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 18ª ed. Madrid: Marcial Pons, p. 65.

¹²¹ “(...) *jus inter gentes* – to replace the older, more ambiguous, though universally employed expression, *jus gentium*.” PHILLIPSON, C. (1908). “Richard Zouche.” En *Journal of the Society of Comparative Legislation*, 9, 2, p. 284. En esa misma línea, CLARK, *op. cit.*, p. 347.

¹²² EKELOVE-SLYDAL, G. (2018). “Jeremy Bentham’s Legacy: A Vision of an International Law for the Greatest Happiness of All Nations.” En BERGSMO, M. y BUIS, E. (eds.). *Philosophical Foundations of International Criminal Law: Correlating Thinkers*. Brussels: Torkel Opsahl Academic Epubliser, p. 430.

normas internacionales y su destinatario, si prestaban su consentimiento. Por ello, las fuentes del derecho internacional fueron los tratados y las costumbres internacionales que dependían de la voluntad del Estado. En cuanto a los tratados, se requería que el Estado manifieste su consentimiento (*pacta sunt servanda*) para estar obligado a cumplirlo.¹²³ Respecto a la costumbre internacional general, un Estado que no estaba de acuerdo con ella podía oponerse expresa y públicamente (ser objetor persistente) en la etapa de su formación y, en consecuencia, la norma consuetudinaria no le sería aplicable.¹²⁴ Como la soberanía del Estado impedía que otro le impusiera deberes u obligaciones que no hubiese aceptado libremente, sea de manera expresa o tácita, el derecho internacional fue un ordenamiento jurídico público y voluntario¹²⁵ en el que los seres humanos eran súbditos del Estado y estaban sometidos a su ordenamiento jurídico.

En concordancia con lo anterior, el contenido del derecho internacional westfaliano se refería a las relaciones internacionales de naturaleza interestatal, tales como la adquisición y delimitación de territorios, las reglas aplicables a la guerra, el principio de libertad de los mares, entre otros, lo cual era solamente una parte de las normas del *ius gentium*¹²⁶ de los romanos.

Por ser un *ius inter gentes* (interestatal), el derecho internacional westfaliano fue un conjunto de normas *à la carte* o hecho a la medida de los intereses de cada Estado puesto que elegía cuáles derechos y obligaciones internacionales asumía en ejercicio de su soberanía. En consecuencia, no

¹²³ DIEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 195.

¹²⁴ CÁRDENAS CASTAÑEDA, F. y CASALLAS MÉNDEZ, O. (2015). "Una gran medida de 'opinio juris' y práctica estatal al gusto: ¿la receta de la costumbre internacional contemporánea?" En *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 8, p. 104.

¹²⁵ LESAFFER, *op. cit.*, p. 33; MAQUARD, *op. cit.*, p. 127.

¹²⁶ "Jus Gentium is far more than the law governing international rights. It is the law, both public and private, common to all nations (...)" CLARK, *op. cit.*, p. 347.

fue un derecho común a todos los hombres y a todos los pueblos, como lo era el *ius gentium* en Roma, ni aspiró a la universalidad.

El concepto y el contenido del derecho internacional westfaliano se mantuvieron hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial y, en adelante, se han producido cambios sustanciales que veremos más adelante.

V. Diferencias entre *ius gentium* y el derecho internacional westfaliano

A partir de lo señalado anteriormente, se pueden identificar varias diferencias entre el *ius gentium* de las fuentes romanas y el derecho internacional westfaliano que presentaremos a continuación.

En primer lugar, el *ius gentium* fue el derecho común de los seres humanos y los pueblos, mientras que el derecho internacional westfaliano, entendido como *ius inter gentes*, fue un derecho creado por los Estados y aplicado a éstos, que eran sus sujetos primarios y principales. Pese al carácter “general” del derecho internacional, existían muchas normas internacionales que no eran aplicadas a todos los Estados del mundo porque dependían de su consentimiento.

En segundo lugar, el *ius gentium* era establecido por la razón natural (*naturalis ratio*) y no dependía de la voluntad de los gobernantes de los pueblos ni expresaba intereses de uno o un grupo de pueblos. A diferencia del derecho internacional westfaliano, el *ius gentium* no tuvo origen ni fundamento convencional ni se limitó a lo que había sido pactado entre los pueblos. Por su parte, las principales fuentes del derecho internacional westfaliano fueron los tratados y las costumbres internacionales, los que expresaron la voluntad soberana de los Estados.

En tercer lugar, el *ius gentium* no pudo ser derogado ni modificado por la voluntad de los pueblos, los gobernantes ni de los seres humanos porque estaba basado en la *naturalis ratio*. Por ello, las razones o intereses de un pueblo o de un grupo de individuos no afectaron su

aplicación ni justificaron el incumplimiento las normas de derecho de gentes. Como el derecho internacional westfaliano respondía a los intereses de los Estados soberanos y ellos establecían sus normas, podían derogarlas o, en caso de los tratados multilaterales, retirarse de ellos cumpliendo las disposiciones correspondientes.

En cuarto lugar, como el *ius gentium* era un derecho común a todos los seres humanos, se aplicó tanto en las relaciones entre los pueblos como a los individuos sin necesidad de pasar por un proceso de incorporación en el derecho interno. Por ello, el *praetor peregrinus* aplicó directamente el *ius gentium*, que era parte del sistema jurídico romano, para resolver las controversias que surgían entre ciudadanos romanos y *peregrini* o *peregrini* entre sí en ejercicio de su *iurisdictio* (D. 1. 2. 2. 28). Mientras que el derecho internacional requiere que sus normas sean incorporadas en el derecho interno de los Estados, sea de una manera automática (doctrina monista) o a través de una transformación (doctrina dualista).¹²⁷

Por lo anteriormente mencionado, el *ius gentium*, el derecho común fundado en la *naturalis ratio*, se diferenció del derecho internacional westfaliano (*ius inter gentes*) en su concepto, sujetos, contenido, fuentes y obligatoriedad.

VI. Algunas consideraciones sobre el *ius gentium* en la actualidad

El derecho internacional westfaliano mantuvo su carácter interestatal por casi tres siglos y, a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, se produjeron varios cambios importantes en sus sujetos, fuentes y contenido. Al respecto, se podría reflexionar si hay algo que se asemeje al *ius gentium* en el derecho internacional del siglo XXI.

¹²⁷ DIEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 247 s.

VI. a) Sobre el derecho internacional contemporáneo

En la actualidad, el derecho internacional ha dejado de estar centrado en los derechos y obligaciones de los Estados. En el último siglo han surgido nuevos temas de interés en el ámbito internacional, como la protección de los seres humanos, que han cuestionado la soberanía del Estado y han hecho necesario el establecimiento de un conjunto de normas especializadas que los regulen. Este proceso ha sido llamado la “fragmentación del derecho internacional”, en la que se constata la construcción de varios regímenes especiales (como el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal internacional, el derecho del mar, entre otros) sobre la base del derecho internacional general.¹²⁸ Este proceso de fragmentación es normativo e institucional porque, además de las normas especializadas, se han creado nuevas organizaciones internacionales y tribunales internacionales con competencias específicas como la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Corte Penal Internacional.

La fragmentación ha presentado nuevos problemas y retos al derecho internacional contemporáneo. El magistrado de la Corte Internacional de Justicia James Crawford afirmó que el sistema jurídico internacional es una especie de torta de capas (*a sort of layer cake*) que está fortalecido en su núcleo, pero hay algunos estratos más externos que son más débiles y fáciles de erosionar por la acción política de los Estados¹²⁹ como, por ejemplo, las normas internacionales ambientales¹³⁰ o las del

¹²⁸ NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL (2006). Resolución 61/34. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 58° período de sesiones*.

¹²⁹ CRAWFORD, *op. cit.*, p. 2.

¹³⁰ Un ejemplo de la decisión política de un gobierno de un Estado de desvincularse de un tratado multilateral en material ambiental es la del expresidente norteamericano Donald Trump, quien notificó el retiro a Estados Unidos de América del Acuerdo de París sobre Cambio Climático el 4 de noviembre de 2019, aunque este tratado había sido promovido y ratificado

derecho penal internacional,¹³¹ que son regímenes especiales. En esa misma línea, Weiler planteó que el derecho internacional cuenta con capas geológicas superpuestas, donde se aprecia que las más antiguas son más fuertes y las más recientes resultan suaves.¹³² Si bien hay mayor posibilidad de erosión o no cumplimiento de las normas internacionales más recientes por parte de los Estados, el derecho internacional actual no depende exclusivamente de lo que éstos opinen¹³³ porque hay una participación muy activa de actores no estatales como, por ejemplo, las organizaciones no gubernamentales (ONGs) y foros de discusión que hacen propuestas para el desarrollo de las normas internacionales. Es importante destacar la existencia de las normas imperativas internacionales (*ius cogens*) de alcance universal que deben ser cumplidas por todos los sujetos del derecho internacional, incluyendo los Estados,

por su antecesor Barack Obama. No obstante, cuando el presidente Joe Biden asumió la presidencia, dejó sin efecto este retiro y formuló su aceptación el 20 de enero de 2021, por lo que actualmente Estados Unidos de América es parte del Acuerdo de París. Un interesante análisis sobre las consecuencias jurídicas del retiro de Estados Unidos de América del Acuerdo de París se encuentra en CRAWFORD, *op. cit.*, p. 17 ss. Sobre el Acuerdo de París, véase: UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, *Paris Agreement*. Recuperado de: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=_en.

¹³¹ Algunos miembros permanentes del Consejo de Seguridad (China, los Estados Unidos de América y la Federación Rusa) no son parte del Estatuto de Roma, así como otros se han retirado de este tratado como Sudáfrica. Al respecto, véase CRAWFORD, *op. cit.*, p. 12 ss. y UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, *Rome Statute of the International Criminal Court*. Recuperado de: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en#9.

¹³² WEILER, J. (2020). “La Geología del Derecho Internacional. Gobernanza, Democracia y Legitimidad”. En *Revista Derecho del Estado*, 46, p. 6 s.

¹³³ KIM EUN-JUNG K. (2015). “Acceptability, Impartiality, and Peremptory Norms of General International Law”. En *Law and Philosophy*, 34, p. 695; LESAFFER, *op. cit.*, p. 46 s.

aunque ellos no las hayan aceptado.¹³⁴ Además, hay mecanismos para atribuirles la responsabilidad internacional por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Si bien los Estados siguen siendo los sujetos primarios y principales del derecho internacional contemporáneo, no son los únicos. La aceptación de la subjetividad internacional de otros entes tuvo un hito importante en la Opinión Consultiva sobre Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas de 1949 de la Corte Internacional de Justicia, en la que se admitió que había otros sujetos de derecho internacional que no contaban con soberanía.¹³⁵ Actualmente, son sujetos de derecho internacional las organizaciones internacionales y los seres humanos. Las primeras son personas jurídicas de derecho internacional que fueron creadas por los Estados para llevar a cabo diversas funciones que contribuyen a la cooperación internacional, como la Organización de las Naciones Unidas, o a la integración,¹³⁶ como la Comunidad Andina.¹³⁷ En cuanto a los seres humanos, cuentan con derechos fundamentales que son protegidos incluso frente al Estado, del cual el individuo es nacional, lo que tuvo como consecuencia la limitación de la soberanía.¹³⁸ Asimismo, el ser humano puede ser responsable por la comisión de crímenes internacionales. Si bien el primer intento de atribuir responsabilidad penal a un individuo estuvo

¹³⁴ QUISPE REMÓN, F. (2020). “*Ius cogens* en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso”. En *Revista de Derecho* (Barranquilla), 34, p. 45 s.

¹³⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (1949). *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations. Advisory Opinion of April 11th*. Recuperado de: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>.

¹³⁶ DIEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 358 ss.

¹³⁷ La Comunidad Andina es una organización subregional de integración cuyos Estados miembros son Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Recuperado de: <https://www.comunidadandina.org/>.

¹³⁸ CASTELLÀ SURRIBAS, *op. cit.*, p. 21.

dirigido a juzgar al *káiser* Guillermo II de Alemania al final de la Primera Guerra Mundial por cometer crímenes de guerra e incumplir los tratados, ello no prosperó.¹³⁹

En la última década se ha reconocido la subjetividad internacional a diversos entes que tienen obligaciones o derechos internacionales, como las comunidades indígenas y tribales de conformidad con la Opinión Consultiva 22/16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁴⁰ lo cual les permite contar con una mayor protección de sus derechos colectivos. Además, se presentan argumentos a favor de reconocer cierta subjetividad internacional a los pueblos indígenas¹⁴¹ a nivel universal y a las empresas transnacionales.¹⁴²

De este modo, el derecho internacional contemporáneo se diferencia del westfaliano porque corresponde a una comunidad internacional más compleja en la que el respeto a la persona humana limita la soberanía estatal y se busca custodiar los valores esenciales de toda la humanidad.¹⁴³

¹³⁹ DIEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 76; 413.

¹⁴⁰ “(...) las comunidades indígenas y tribales son titulares de los derechos protegidos en la Convención y, por tanto, pueden acceder ante el sistema interamericano (...)”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-22/16 Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador*, 2016, p. 47. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf.

¹⁴¹ FIGUERA VARGAS, S. (2010). “Los Pueblos Indígenas: Libre Determinación y Subjetividad Internacional”. En *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 22, p. 121.

¹⁴² AIRA GONZÁLEZ, P. (2017). “Reflexiones jurídicas en torno a la consideración de la Empresa Transnacional como Sujeto del Derecho Internacional”. En *Revista de Derecho UNED*, 20, p. 261.

¹⁴³ Para Viola, “la función de este derecho de gentes, ahora como entonces, es defender la universalidad de la regla jurídica, tutelar las] expectativas de todos los hombres sin

Sin embargo, el derecho internacional contemporáneo no podría ser entendido hoy como un derecho común a todos los hombres como lo fue el *ius gentium* para los romanos.

VI. b) *Ius gentium* y la *lex mercatoria*

Tras la caída de la parte occidental del Imperio romano, las autoridades de cada reino o comunidad política en Europa aplicaron distintas normas en su territorio. Ello llevó a que los comerciantes, quienes se desplazaban por varios territorios para comprar y vender, crearan sus propias normas para regular sus actividades y establecer medios para solucionar de manera eficiente y definitiva sus controversias comerciales.

Se llamó *lex mercatoria*¹⁴⁴ al conjunto de normas de derecho privado creado por los comerciantes en la Edad Media para regular sus actividades comerciales,¹⁴⁵ es decir, ellos eran quienes las establecían, no la

discriminación y custodiar bienes y valores esenciales para la humanidad". VIOLA, F. (2004). "Derecho de Gentes antiguo y contemporáneo". En *Persona y Derecho*, 51, p. 176; también CASTELLÀ SURRIBAS, *op. cit.*, p. 66.

¹⁴⁴ En la doctrina anglosajona, se le conoce también como *Law Merchant*. GEMMELL, A. y TALBOTT, A. (2017). "The Lex Mercatoria-Redux". En *Lincoln Law Review*, 44, p. 5.

¹⁴⁵ Sobre el surgimiento de la *lex mercatoria*, Cándano Pérez señaló que "el derecho romano fue deficiente en la unificación del derecho comercial internacional, con el pasar del tiempo comienzan a surgir usos y costumbres concebidos por y para los comerciantes que agrupan una especie de 'derecho consuetudinario y corporativo' creado por los gremios, y es la llamada *lex mercatoria*". CÁNDANO PÉREZ, M. (2018). "La Unificación del Derecho Comercial Internacional: Nueva *Lex Mercatoria* como alternativa al derecho estatal". En *Prolegómenos Derechos y Valores*, 21, 41, p. 150. Si bien Cándano Pérez coincide con el concepto y contenido de la *lex mercatoria* (derecho de los comerciantes) señalado por Gemmell y Talbott, no es exacto afirmar que su existencia fue producto de la deficiencia del derecho romano para

autoridad pública, y su fundamento era la confianza mutua y la equidad.¹⁴⁶ Pero estas normas no tenían una aspiración de universalidad.¹⁴⁷ Como sostienen Gemmell y Talbott, la *lex mercatoria* no era producto del derecho natural porque respondía a las necesidades prácticas de los comerciantes, aquellas que surgían cada día.¹⁴⁸ Sus normas eran no escritas y se les conocía como los usos y costumbres del comercio. Además, solamente se aplicaban a los comerciantes, no a otras personas, ni para actividades que no sean comerciales. Con el correr del tiempo, algunos usos y costumbres del comercio fueron reconocidos o mencionados en las normas del Estado como, por ejemplo, en el artículo 2 del Código de Comercio de Perú de 1902.¹⁴⁹ Sin embargo, no era necesario que la *lex mercatoria* se encuentre recogida en una norma del Estado para estar vigente porque los comerciantes la empleaban en sus relaciones entre sí y para resolver sus controversias.

Con la globalización, se planteó una nueva *lex mercatoria* para las transacciones en el mercado mundial, que contiene el conjunto de principios del comercio internacional, las normas uniformes y no discriminatorias que regulan las transacciones comerciales contemporáneas para hacerlas más competitivas y eficientes.¹⁵⁰ Si bien se discute

unificar el derecho comercial porque sus principios, como la equidad, estarían a la base de ella. GEMMELL y TALBOTT, *op. cit.*, p. 1 ss.

¹⁴⁶ GEMMELL y TALBOTT, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴⁷ GLITZ, F. (2017). "Lex Mercatoria: ¿Orden jurídico autónomo?". En *Revista de La Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 5, 9, p. 205.

¹⁴⁸ GEMMELL y TALBOTT, *op. cit.*, p.1.

¹⁴⁹ Artículo 2 del Código de Comercio de Perú de 1902: "Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza (...)"

¹⁵⁰ CÁNDANO PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 204.

si esta nueva *lex mercatoria* es un ordenamiento jurídico autónomo,¹⁵¹ se constata que es espontánea y uniforme, no ha sido creada por el Estado. Además, estaría relacionada al *soft law*¹⁵² que tiene un carácter persuasivo. Algunos ejemplos de la *lex mercatoria* contemporánea son los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 2016¹⁵³ y los *Incoterms (International Commercial Terms)* que son definiciones estándar de la Cámara Internacional de Comercio (CCI), cuya finalidad es facilitar las relaciones comerciales entre compradores y vendedores al establecer sus obligaciones y responsabilidad en la compraventa de bienes y servicios.¹⁵⁴

Por lo anteriormente mencionado, se puede afirmar que la *lex mercatoria* y su desarrollo actual buscan el establecimiento de un derecho de los comerciantes de aplicación internacional, lo cual

¹⁵¹ Sobre la discusión sobre la autonomía de la *lex mercatoria*, véase: CALDERÓN MARENCO, E. (2018). “Los Incoterms como instrumento de Derecho Suave (*Soft Law*)” En *Revista E-Mercatoria*, 17, 1, p. 60 ss.; GLITZ, F., op. cit., p. 198 ss.

¹⁵² CALDERÓN MARENCO, op. cit., p. 63 ss. Sobre el *soft law* del derecho internacional, véase: GUZMÁN, A. y MEYER, T. (2010). “International Soft Law” En *Journal of Legal Analysis*, 2, 1, p. 171 ss.

¹⁵³ *Unidroit Principles 2016*. Recuperado de: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>; Sobre la importancia de los Principios UNIDROIT en el derecho del comercio internacional, véase: CÁNDANO PÉREZ, M., op. cit., p. 153 s.; GLITZ, op. cit., p. 20.

¹⁵⁴ Los *Incoterms* se actualizan periódicamente. Por ejemplo, un *Incoterm* que es utilizado en el comercio internacional es FOB (*Free On Board*) donde el vendedor asume todos los costes y los riesgos hasta que las mercancías se entregan a bordo del barco, se encarga también del despacho para exportación. El comprador asume todas las responsabilidades una vez que las mercancías se encuentran a bordo. Para más información sobre los *Incoterms*, véase: INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Incoterms 2020*. Recupeado de: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-2020/>.

difiere del *ius gentium*¹⁵⁵ que existió en Roma. El derecho de gentes no se limitó a ser un derecho comercial entre los comerciantes romanos y extranjeros porque se refirió a varias obligaciones entre los particulares, y también contó con normas aplicables a las relaciones entre los pueblos como la inviolabilidad de los embajadores. Como señaló Gayo, el *ius gentium* era entendido como el derecho común a todos los seres humanos que había sido inspirado por la razón natural y aplicado en todos los pueblos. Por ello, no se limitó a los actos de comercio de los comerciantes.

VI. c) *Ius gentium* y las normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*)

En el derecho internacional westfaliano, las fuentes de sus normas eran los tratados y las costumbres por ser expresiones de la voluntad de los Estados soberanos. Además, se admitió que los principios generales del derecho, muchos de ellos provenientes del derecho interno, fueran aplicables como *pacta sunt servanda* o la buena fe.

Después de la Segunda Guerra Mundial, las atrocidades cometidas por los Estados llevaron a plantear esta pregunta: ¿hay normas internacionales que provengan de una fuente que no dependa de la voluntad del Estado, es decir, que no sean convencionales o consuetudinarias? Como respuesta, se reconoció la existencia de normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*) que los Estados debían cumplir, aunque no las hayan aceptado. Al respecto, la Convención de Viena sobre

¹⁵⁵ Al respecto, Adame sostiene que el derecho del comercio internacional se daría en una situación fáctica similar a la que existió al surgir el *ius gentium* en Roma: la intensidad de relaciones comerciales distintas que tenían distintos derechos internos. ADAME GODDARD, J., *op. cit.*, p. 181 s.

el Derecho de los Tratados de 1969¹⁵⁶ mencionó los efectos jurídicos internacionales de celebrar un tratado cuyas disposiciones vayan en contra una norma de *ius cogens* existente en el artículo 53¹⁵⁷ o una de *ius cogens* emergente en el artículo 64.¹⁵⁸ En ambos supuestos, la consecuencia es la nulidad del tratado.¹⁵⁹

Las normas imperativas (*ius cogens*) son la expresión del consenso general de la comunidad internacional sobre la protección de los valores comunes¹⁶⁰ de vital importancia y de la unidad del derecho

¹⁵⁶ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 se aplica a los tratados celebrados por escrito entre los Estados y tiene 116 Estados partes. UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1969. Recuperado de: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en.

¹⁵⁷ Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: "Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("*jus cogens*"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

¹⁵⁸ Artículo 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: "Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ("*jus cogens*"). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará".

¹⁵⁹ Para Linderfalk, el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 no define qué es el *ius cogens* y se refiere a las consecuencias jurídicas de pactar contra este. LINDERFALK, U. (2012). "What Is So Special About Jus Cogens? On the Difference between the Ordinary and the Peremptory International Law." En *International Community Law Review*, 14, p. 9 ss.

¹⁶⁰ CASTELLÀ SURRIBAS, *op. cit.*, p. 43; KIM EUN-JUNG, *op. cit.*, 666 ss.; QUISPE REMÓN, *op. cit.*, p. 45 s.

internacional.¹⁶¹ Estas normas establecen obligaciones *erga omnes* que son exigibles a todos los sujetos de la comunidad internacional actual sin que se requiera su consentimiento. Además, son inderogables porque no admiten que los Estados,¹⁶² las organizaciones internacionales¹⁶³ u otro sujeto de derecho internacional pacten en contra de ellas.

Un problema es la falta de una lista de cuáles son las normas imperativas del derecho internacional en la actualidad. Algunas normas de *ius cogens* son la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza,¹⁶⁴ la solución pacífica de controversias y el respeto a los derechos humanos.¹⁶⁵ En

¹⁶¹ KOSKENNIEMI, M. (2010). "El Destino del Derecho Internacional Público: Entre la Técnica y la Política." En *Revista de Derecho Público*, 24, p. 20.

¹⁶² KIM EUN-JUNG, *op. cit.*, p. 695 s.

¹⁶³ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, adoptada en 1986, no está aún en vigor. Su artículo 53 sobre los Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y su artículo 64 sobre la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) reproducen el texto de los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, *Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations*, 1986. Recuperado de: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII3&chapter=23&clang=_en.

¹⁶⁴ Este principio fue señalado expresamente en el artículo 2, numeral 4, de la Carta de las Naciones Unidas: "Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: [...] 4. 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."

¹⁶⁵ QUISPE REMÓN, F., *op. cit.*, p. 50.

caso de que se produjera la violación de una obligación contenida en una norma de *ius cogens*, la responsabilidad internacional será agravada según el artículo 40 del proyecto de Artículos de Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional.

Para el magistrado de la Corte Internacional de Justicia y ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antônio Cançado Trindade, la construcción doctrinal y jurisprudencial del *ius cogens* es el pilar fundamental de un nuevo *ius gentium*, que sería el derecho internacional para la humanidad y tendría alcance universal.¹⁶⁶ A diferencia del derecho internacional westfaliano, este nuevo derecho de gentes no tendría al Estado soberano en su centro y respondería a los intereses y aspiraciones de la humanidad en su conjunto, no a un grupo de Estados. Este nuevo *ius gentium* abarcaría lo que hoy regula el derecho internacional y se proyectaría también al derecho interno de cada Estado, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él.¹⁶⁷

A nivel americano, una expresión de este nuevo *ius gentium* sería la protección de los derechos de los migrantes indocumentados en la Opinión Consultiva OC-18/03 Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo párrafo 101 señaló: “(...) igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”.¹⁶⁸ En esa misma línea, Cançado Trindade en su voto concurrente

¹⁶⁶ CACADO TRINIDADE, A. (2008). “La ampliación del contenido material del *ius cogens*. Comité Jurídico Interamericano”. En XXXIV Curso de Derecho Internacional “Aspectos jurídicos del desarrollo regional”, Washington DC, p. 3.

¹⁶⁷ CACADO TRINIDADE, op. cit, p. 3 s.

¹⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados: Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003*. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf.

a esta Opinión Consultiva afirmó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos “contribuye para la construcción del nuevo *jus gentium* del siglo XXI (...) sedimentado en el reconocimiento del *jus cogens* (...) y erigido, en última instancia, sobre el pleno respeto y la garantía de los derechos inherentes a la persona humana”.¹⁶⁹ De este modo, las normas de *ius cogens* expresarían que el ser humano y la protección de sus derechos fundamentales son centrales para el derecho internacional, y los Estados están obligados internacionalmente a cumplirlas, aunque éstos no hayan expresado su consentimiento.

Si el *ius cogens* que se está construyendo en el derecho internacional contemporáneo es un derecho común para todos los seres humanos y se aplicará directamente en los territorios de los Estados sin que estos puedan oponerse por defender sus propios intereses, nos estaremos acercando al concepto de *ius gentium* que conocieron los romanos, aunque sus normas no sean necesariamente las mismas porque, por ejemplo, no podríamos admitir ninguna forma de esclavitud en la actualidad, aunque ésta haya sido constituida por el derecho de gentes (D. 1. 5. 4. 1).¹⁷⁰

VII. A modo de conclusión

El *ius gentium*, que definieron los juristas romanos como el derecho común de todos los seres humanos, sirvió de inspiración a Francisco de Vitoria y a otros tratadistas para plantear que las comunidades políticas del siglo XVI estaban reguladas por él. Sin embargo, el derecho

¹⁶⁹ *Ibidem*, *op. cit.*, párrafo 89, p. 35 s.

¹⁷⁰ D. 1. 5. 4. 1: “La esclavitud es una constitución de derecho de gentes, por la que alguno está sujeto contra la naturaleza al dominio ajeno.” “*Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur*”.

internacional que surgió en 1648 fue *ius inter gentes*, es decir, un ordenamiento creado por los Estados y aplicado a ellos. Esta diferencia *ius gentium* – *ius inter gentes* no es solamente terminológica porque el primero se dirigió a los seres humanos mientras que el segundo tuvo como sujeto principal y único a los Estados.

Luego de analizar el concepto, sujetos y fuentes del *ius gentium* en los textos de Cicerón y Gayo, así como en el *Digesto* y las *Instituciones* de Justiniano, se puede concluir que éstos son distintos a los que corresponden al derecho internacional westfaliano. Mientras el *ius gentium* fue un derecho común establecido por la *naturalis ratio* (razón natural) para todos los hombres y pueblos, el derecho internacional westfaliano fue un ordenamiento interestatal (*ius inter gentes*) cuyo fundamento era el consentimiento del Estado. Además, el *ius gentium* fue inderogable, en tanto las normas internacionales podían ser cambiadas o derogadas en atención a la voluntad de los Estados. Estas diferencias hacen que el derecho de gentes no pueda ser considerado como un antecedente del derecho internacional.

En atención a los cambios producidos en el derecho internacional desde 1945 y a la globalización, se podría pensar que su evolución lo llevaría a acercarse al concepto de derecho de gentes. Pero no es así porque el proceso de fragmentación del Derecho Internacional hace que este ordenamiento sea más complejo sin dejar de tener un importante componente interestatal y enfrente retos en la búsqueda de armonizar las normas de los diferentes regímenes especiales y el derecho internacional general.

En cuanto a la *lex mercatoria*, su origen y contenido la diferencia del *ius gentium* porque, en primer lugar, ella ha nacido a partir de la acción de los comerciantes y para los actos comerciales y, de esta manera, resulta temáticamente muy limitada frente a la amplitud de normas e instituciones propias del derecho de gentes. En segundo lugar, la *lex mercatoria* es de derecho privado porque regula las relaciones entre particulares mientras el *ius gentium* se aplicó a los seres humanos y a los pueblos por lo que tuvo normas de derecho público como la inviolabilidad de los embajadores.

El *ius gentium* encuentra mayor sintonía con las normas internacionales imperativas (*ius cogens*), que no dependen del consentimiento del Estado y son inderogables, entre las que se encuentra el respeto a los derechos humanos. No obstante, no hay una lista determinada de cuáles son las normas imperativas en la actualidad, y de las que se reconocen como tales, la mayoría se refieren a los Estados. Si en el futuro se culmina el proceso de construcción de un derecho internacional sobre la base de las normas de *ius cogens* al que se refirió Cançado Trindade,¹⁷¹ tal vez se podrá establecer un nuevo derecho de gentes para toda la humanidad.

¹⁷¹ CANCADO TRINDADE, *op. cit.*, p. 3.

Actualidad del derecho romano y su valor en la formación del jurista moderno

Por Alfonso Murillo Villar¹⁷²

Cada Estado, cada país, tiene lo que denominamos su propio ordenamiento jurídico nacional. Cada nación tiene su propio sistema jurídico y su peculiar manera de considerar el derecho, sus fuentes y los componentes necesarios para su creación, su interpretación y su aplicación. Es decir, cada Estado tiene un derecho interno diferente al de los demás. Argentina tiene su propio ordenamiento jurídico nacional, España, el suyo, y así todos y cada uno de los diferentes Estados del mundo. Por lo tanto, los ordenamientos jurídicos por principio son nacionales y diferentes: tanto en los aspectos sustantivos como en los aspectos adjetivos o procesales. Pero existe un aspecto bien importante, y es que la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos conocidos, salvo los que derivan del *Common Law*, tienen una base común que es el derecho romano, auténtico precedente y base común de todos ellos.

¹⁷² Catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Burgos. ORCID: 0000-0003-2571-6550. Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM).

Dicho esto, vamos a intentar analizar para qué sirve hoy en día conocer en profundidad el derecho romano, qué nos aporta su conocimiento, para de ese modo poder entender los ordenamientos jurídicos de origen romanístico.

El derecho romano se estudia en prácticamente todo el mundo, con intensidad y finalidad diferente. Por lo tanto, es una ciencia globalizada, que nos permite encontrar romanistas en cualquier lugar del planeta tierra. Ciertamente, también, que la recepción de nuestra materia no se ha producido igual en Europa que en el resto del mundo, pues fue a través de juristas europeos como se irradió internacionalmente. Quién no se ha formulado alguna vez, o a quién no le han formulado la pregunta: ¿para qué sirve el derecho romano? Es decir, nos estamos, nos están preguntando ¿qué aporta el estudio del derecho romano a la experiencia jurídica contemporánea?, ¿qué aporta al jurista actual? La pregunta, aunque a los romanistas nos resulte odiosa, demanda una respuesta.

Los vigentes ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos, especialmente, también otros como el japonés, el chino, el turco o el filipino, pueden comprenderse íntegramente gracias al derecho romano, fuente ineludible de la legislación comparada. De ahí que sea razón más que suficiente para destacar su pervivencia en los programas docentes de la carrera de derecho, sobre todo en aquellos países que se inclinaron por un sistema jurídico, conocido tradicionalmente como de corte continental o romano-germánico. Por lo tanto, no debe sorprender la relevancia que, en el contexto histórico de la educación jurídica, ha tenido y tiene la enseñanza del derecho romano. ¿Qué debemos enseñar?

En primer lugar, trataremos de hacer algunas reflexiones, aunque sea de forma sucinta, ya que se ha escrito muchísimo sobre el tema, a propósito de la importancia y justificación del derecho romano en la formación de los juristas actuales. Los romanistas tenemos que transmitir nuestra absoluta convicción de la utilidad de su estudio, pues en caso contrario va a ser muy difícil convencer a los discentes de que el derecho romano es fundamental en su formación. Tendremos que convencer a nuestros alumnos y colegas de que nuestra generación no tiene derecho a destruir

un patrimonio que pertenece a futuras generaciones, que ha sido una experiencia, primera y única en el pasado, que ha elaborado un lenguaje, unos conceptos, unos principios, unas clasificaciones y unos métodos interpretativos, que traducidos en estructuras e institutos jurídicos han dado solución a lo largo de muchos siglos a diferentes pueblos, así como a sus problemas de organización y normación social.

El derecho romano se debe enseñar, porque nos transmite una experiencia completa, única, muy larga, de trece siglos, y además irrepitable, con la que podemos aportar una educación jurídica no estrictamente técnica y utilitarista, sino dirigida a la comprensión del derecho, a su crítica y a su reforma, en aras de la justicia. Tenemos que saber transmitir al discente que el derecho vigente es únicamente un momento en la evolución jurídica de los pueblos, y que la enseñanza del derecho romano no es un fin en sí mismo, sino que se enseña y se utiliza como un instrumento de formación jurídica general o, si se prefiere, se enseña para colaborar en la formación jurídica global del alumno.

Las justificaciones que proponemos tienen que demostrarse. No es suficiente con transmitir y argumentar mediante razonamientos retóricos y abstractos, que el alumno puede o no aceptar. Es preciso vencer ese pensamiento, que frecuentemente nos reprochan, de que nuestra asignatura está alejada y desvinculada de la vida real y de los problemas que conlleva. No es suficiente con decir que eso no es cierto, sino que respetando el carácter histórico de nuestra materia, en el sentido de que ya no es derecho vigente, saber difundir su utilidad, sin caer en el utilitarismo, que en la formación jurídica, versátil por naturaleza, tiene hoy en día el derecho romano. Obviamente, nuestro derecho vigente tiene su antecedente en el ordenamiento jurídico romano, y ejemplos pueden ponerse a lo largo de la explicación de un curso normal. Así, en la legislación más reciente, si acudimos *ad exemplum* al derecho catalán, en varios preámbulos de sus últimas leyes pueden constatarse referencias explícitas al derecho romano. Pero dando un salto cualitativo y cuantitativo, también puede observarse que en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) no es infrecuente

que sus miembros recurran, en innumerables oportunidades, al derecho romano con objeto de fundamentar, en ocasiones con cierto matiz erudito, sus propias decisiones.

También debemos recordar que el derecho romano se enseña porque muchas instituciones recogidas en el Código Civil son de origen romanístico. Por ello, a lo largo del curso académico, conviene hacer alusiones al articulado del mencionado Código, demostrando que nuestra asignatura, además de introductoria, permite al discente captar que el derecho es un producto histórico, pudiendo demostrar lo poco que en algunas instituciones se ha innovado, de Roma a la actualidad. Además, si el derecho romano sobrepasa con creces los límites de cualquier derecho histórico, podremos afirmar que la propia evolución del derecho es imposible comprenderla sin su estudio. La enseñanza de la historia, desde una perspectiva dinámica, permite comprender que el derecho no es una entidad eterna e inmodificable. Y es que la historia del hombre no puede ser escrita sin la de los ordenamientos jurídicos, que él mismo ha establecido y con los cuales convive. Estos ordenamientos pertenecen al cuadro total de la cultura humana, así como el acontecer político, económico y sus estructuras, o como los grandes campos culturales de la filosofía, de la religión o del arte.

Además, el derecho debe enseñarse históricamente, pero no como aglomeración de hechos, sino buscando el espíritu científico: la relación entre la ley y su causa, el efecto y la causa. Es necesario hacer una historia filosófica, descubrir y cimentar la alianza entre derecho, historia y filosofía, y todo ello es posible porque conocemos mejor el derecho, la historia y la filosofía del pueblo romano que los mismos romanos. Por lo tanto, el valor formativo del derecho romano se encuadra dentro de los aspectos históricos y científicos que lo determinan, e influye en la formación del futuro jurista, haciéndole conocer que los factores históricos determinan la elaboración jurídica, de modo que la Historia es el lazo de unión entre el pasado y el presente.

Es decir, el derecho es un producto histórico. Que sea un producto histórico quiere decir que es el resultado del esfuerzo realizado a lo largo

de muchos siglos para hallar las normas y las reglas más adecuadas para facilitar la convivencia del hombre en sociedad. Todos los ordenamientos jurídicos son la consecuencia de experiencias históricas sucesivas, que los estudiosos debemos tener en cuenta a la hora de elaborar un estudio científico, en este caso del derecho romano. Si partimos de que todos los pueblos han ido adaptando su regulación normativa a los diferentes momentos históricos, podremos ver claramente cómo lo que hoy denominamos derecho vigente no es otra cosa que un cúmulo de conceptos e instituciones cuyo origen más remoto está en Roma, pero que han sido adaptados conforme a la evolución histórica de cada pueblo, en atención a los cambios y transformaciones que cada época ha ido imponiendo.

Tenemos que hacernos una pregunta: ¿por qué al estudiar el derecho el hombre también se interesa, o al menos debiera interesarse, por su formación histórica? No creemos que deba ser únicamente por una razón cultural, que tampoco está de más, al igual que se estudia la historia de una lengua, o la historia de la pintura, o la historia de la música. Si el hombre a través de los siglos, en un afán constante por satisfacer sus necesidades y su ansia de progreso, ha ido creando un patrimonio cultural, nosotros no debemos desaprovecharlo, pues si rechazamos la experiencia histórica de la humanidad nos veremos abocados a realizar nuevamente, y por lo tanto inútilmente, los esfuerzos por los que tantas generaciones pasadas han transcurrido.

Si en algo nos diferenciamos de los animales es en que éstos actúan instintivamente, es decir, estáticamente (el león o el perro de hace 30 siglos se comportaban exactamente igual que ahora), pero los hombres, en virtud de nuestra presumible racionalidad, no debemos comportarnos de la misma forma, sino que contrariamente tendemos a actuar históricamente, porque si nos fijamos, nos comportamos de forma diversa a través del tiempo. Y como lo que queremos es progresar, creamos y superamos nuestras propias obras, una de las cuales es el derecho. En consecuencia, el derecho es un producto histórico cuyas raíces deben buscarse precisamente en la historia evolutiva de lo jurídico. Pero para

ello hay tener bien presente una advertencia: que todos los procesos históricos en materia de derecho deben estudiarse con sumo cuidado, porque su estado actual se refleja en nuestras leyes y en nuestras concepciones del momento, que irán variando con progresivas reformas legislativas y con la evolución de la ciencia jurídica, llegando un momento futuro en que nuestro presente será pasado. Dentro de 200 o 300 años seremos historia y nuestro derecho será ya histórico.

Es incuestionable, también, que nuestra materia es una disciplina expuesta y de frontera, ubicada en un terreno incierto entre el saber jurídico y la investigación historiográfica. Por ello, a veces, esa ambigüedad se ha pagado con el aislamiento y la marginación, no interesando ni a historiadores ni a juristas. No obstante, continúa enseñándose en las facultades de Derecho, no en las facultades de Historia, lo cual se debe al peso jurídico de nuestra enseñanza. Enseñamos derecho, derecho romano, no historia del derecho romano, y lo hacemos formando juristas, no historiadores.

Los beneficios que el estudio del derecho romano puede aportar en la preparación de un jurista del siglo XXI son infinitos. De todas las críticas negativas que a lo largo del tiempo se han hecho, se puede sacar una lección positiva. Se achaca cierta ineficacia hoy en día al ordenamiento romano, porque este se ha convertido definitivamente en un derecho histórico, no vigente. En efecto, esta es una apreciación que en absoluto negamos, pero, lección importante a aprender, es que nos permite la comprensión de que el derecho es el resultado de procesos históricos. Frente a otros derechos de la Antigüedad, el romano, por la abundancia de fuentes y por su alto grado de elaboración científica, admite ser estudiado a lo largo de todo su ciclo vital. Es el único sistema jurídico cuyo nacimiento, desarrollo y decadencia pueden ser estudiados íntegramente, teniendo un conocimiento detallado de lo acaecido desde los orígenes de Roma hasta la compilación del *Corpus Iuris Civilis* por Justiniano. Ello resulta aleccionador en periodos de crisis, puesto que la historia del derecho de Roma ofrece suficientes transformaciones y crisis, como para que sirvan de ejemplo para vencer y superar cuantas

se nos presenten. En definitiva, cuanto más completa sea la experiencia jurídica analizada, más decisiva y consumada será la formación que de ella se reciba. Mucho más cuando el campo jurídico se incluye en lo que se puede denominar “experiencia cultural humana completa”.

La enseñanza del derecho romano permite que el alumno adquiera un criterio jurídico, a través del cual podrá conocer y resolver debidamente aquellos problemas que surjan en la práctica de su profesión. El verdadero criterio jurídico se obtiene cuando, por medio del estudio del ordenamiento jurídico romano, nos familiarizamos con las categorías y subcategorías del derecho, lo que proporciona destreza en su manejo y localización. Ciertamente, el ordenamiento de Roma ha influido más en unas zonas que en otras de nuestro derecho privado. Dicha influencia es más evidente en materias como bienes, obligaciones, contratos y sucesiones que en el ámbito de la familia, por ejemplo. La razón estriba en que las materias más técnicas del derecho son menos mutables, de tal modo que puede afirmarse que el actual derecho poco ha agregado a la precisión alcanzada por los juristas romanos. De ahí la importancia del estudio del derecho romano como forma de conocer verdades permanentes de la ciencia jurídica. Con la enseñanza del derecho romano se le va a enseñar, al jurista, a apegarse a algo tan cotidiano como es la resolución del problema concreto. En definitiva, se le adiestra a liberarse de la visión legalista, a la que la actividad profesional le puede someter, para que aprenda a descender a la vida real y concreta.

A su vez, el derecho romano ha sido el camino tradicional para aprender el repertorio de conceptos básicos del derecho privado. Su conocimiento nos permite tener el medio más seguro y eficaz para la comprensión del derecho, con el entendimiento de las formas jurídicas construidas por la jurisprudencia romana. Se puede afirmar que es muy formativo para el jurista moderno, porque aparte de la simple recogida de las instituciones romanas consiente apreciar la creación jurisprudencial. En definitiva, el saber humano no es más que la historia de la actividad del espíritu, y su transmisión solamente se obtiene a través de un exacto inventario de conceptos esenciales. Las categorías jurídicas

son como las categorías lógicas: cambiarán solo cuando cambie la naturaleza del hombre.

Muchas otras razones podemos invocar para defender la enseñanza del derecho romano en la actualidad, pero queremos destacar que con su instrucción también se aporta al alumno la base terminológica jurídica, eminentemente técnica, sobre la cual va a desarrollar toda su formación como jurista, es decir, se le enseñan unos términos que tendrá que completar con conceptos que son producto del derecho vigente. En definitiva, lo que se consigue es prepararle al estudio del derecho, por lo que es una buena propedéutica jurídica, además de su madurez adocrinadora y su permeabilidad a los factores históricos. Nos vamos a encontrar, en nuestra tarea como docentes, con un problema complejo pero superable, porque muchas veces la terminología que utilizamos está en latín y, a decir verdad, nuestros alumnos llegan actualmente a las aulas universitarias sin haber estudiado ni tan siquiera un año latín, lo cual significa que todo lo que digamos en esa lengua, permítasenos la vulgaridad, “les suena a chino”, les resultará ininteligible. En nuestra opinión, esto no tiene que llevarnos a pretender una fácil divulgación del derecho romano, traduciendo las palabras, algunas por cierto intraducibles al castellano, pues sería desdibujar la enseñanza del derecho que realizamos. Si en otras asignaturas los alumnos van a aprender palabras en inglés, como *leasing*, *factoring*, *renting*, *confirming*, etc., sin preguntar por su versión castellana, entendemos que tampoco debemos hacerlo del latín, pues habrá expresiones perfectamente aceptadas, que aún hoy, e incluso por quienes no saben latín, son utilizadas con cierta frecuencia. Pensemos, por ejemplo, en las expresiones: presunciones *iuris tantum*, o *iuris et de iure*, o *in dubio pro reo* o el principio *non bis in idem*, etc., frecuentemente usadas sin conocer la lengua latina.

Lo cierto es que vivimos en una época casi enemiga de la historia. Se palpa un claro sentimiento antihistórico, favorecido por el cambio de pretensiones a nivel mundial. Ante esta amenaza, tenemos que facilitar el acceso y aproximación a nuestra ciencia. Ello se consigue, entre otros modos, con la traducción de nuestras fuentes, lo que no es contrario al

uso de términos en latín. Una ciencia cuyos fundamentos y textos no puedan ser comprendidos, ni valorados más que por unos pocos especialistas, está condenada a morir, a desaparecer. Para evitarlo, tenemos que hacer accesible nuestro conocimiento y nuestras fuentes; ello se consigue con traducciones rigurosas, aparte de reducir al máximo la terminología técnica romanística.

Por consiguiente, será necesario utilizar traducciones de la magna obra jurídica que nos ha legado Roma, por cierto, no exentas de una gran dificultad técnica. Pero si hemos de formar juristas, en un ordenamiento de base romanista, se hace imprescindible su uso. Y ello porque la interrelación entre derecho y lenguaje es absoluta. El lenguaje constituye uno de los nodos o puntos de conexión fundamentales para el derecho. Es verdad que existe el riesgo de que el lenguaje se convierta en un instrumento de “poder” por parte del jurista en su relación con los no juristas, sin embargo, para evitarlo, es necesario aproximarlos con la traducción al uso común de los términos en las formulaciones jurídicas, sin perder nunca de vista el significado técnico. Sirva de ejemplo la traducción de la palabra *res*: cosa. Es un término que se usa con mucha frecuencia no solo hoy, sino también en Roma. En nuestros días, probablemente, “cosa” sea la expresión con el mayor significado lexicográfico. Tiene un amplio significado y una amplia utilización. Diríamos que es una noción de amplio espectro. En latín jurídico, el término “*res*” se utiliza también frecuentemente. Por ejemplo, en el procedimiento formulario se condenaba a pagar, en las fórmulas inciertas, *quantiea res est (erit, fuerit)*. *Res* también se refería a un bien material, objeto de los derechos reales, derechos sobre cosas, y en otros muchos supuestos que no ha lugar a mencionar. En definitiva, el concepto jurídico de cosa, *res*, es un concepto fundamental del derecho, base de la propiedad y de los demás derechos reales. Lo importante es que el discente sepa cuándo el término usado tiene un significado técnico y cuándo un significado común.

Por otro lado, debemos enseñar que el derecho romano es un buen instrumento para la crítica del derecho positivo actual, pues pensar

desde la sistemática romana coloca al experto en una posición técnica que permite criticarlo. Solo desde el punto de vista del arsenal técnico, el derecho romano permite una mejor comprensión de los fenómenos jurídicos actuales. Además, todo cuanto tenemos no deteriorado del derecho civil, y sin necesitar continuos retoques, lo hemos recibido del derecho romano, tal como nos lo dejaron los autores del *iuscommune*. Después no hemos hecho sino compilar, codificar, conceptualizar, clasificar, sistematizar y fabricar dogmas jurídicos. Además, ningún derecho puede reflexionar sobre sí mismo si no dispone de cualquier otra experiencia jurídica que le sirva de parangón, de contraste. Para nosotros, esa experiencia es el derecho romano.

Volviendo al principio, la respuesta que el romanista pueda dar a la cuestión de “para qué sirve el derecho romano”, depende de la concepción que se tenga respecto de su importancia en la formación de los juristas. Dos extremos delimitan esta concepción. Por un lado, una mentalidad pragmática y utilitarista que busca una utilidad práctica inmediata en el derecho romano. Este enfoque no por extremo resulta menos válido, pues entre los últimos sustratos de la formación jurídica se puede entrever el utilitarismo inmediato que aporta nuestra disciplina. Esta situación viene avalada por aquellos que propugnan una enseñanza dogmática del derecho romano en razón del derecho vigente, y los que abogan por la creación de una sociología jurídica, de la cual el ordenamiento romano es solo una parte. Por otro lado, como postura también extrema, estaría una concepción que llevara a una actitud científica desvinculada de la realidad y que degenerara en la mera erudición. Esta posición, a nuestro entender, es incluso más peligrosa y deformativa que la anterior.

Evidentemente, he ahí su grandeza. El estudio del derecho romano puede hacerse siguiendo criterios históricos, considerando las instituciones en su origen y evolución, o con criterios dogmáticos, definiendo la estructura de las instituciones en las concepciones generales en que se uniforman y reuniéndolas en la lógica de un sistema unitario y racional. En realidad, el estudio histórico y el estudio dogmático del derecho

romano son entre sí inescindibles para una completa comprensión de la fenomenología jurídica. En efecto, la estructura de las instituciones desciende necesariamente de su historia, que ayuda a separar las concepciones aún vivas en el sistema, de aquellas superadas y propias de fases evolutivas precedentes. Por otra parte, como las instituciones no están aisladas entre sí, sino que están coordinadas en un sistema normativo, solo a través de una valoración dogmática, sostenida por instrumentos cognoscitivos elaborados por la técnica jurídica, es posible entender el sistema en su conjunto.

En definitiva, el derecho romano, como se ha dicho anteriormente, es una experiencia, primera y única en el pasado, que ha elaborado lenguaje, conceptos y métodos interpretativos, además de soluciones a problemas de organización y normación social, todo ello traducido en estructuras e institutos cuyas raíces profundas se encuentran todavía radicadas en la experiencia jurídica actual, incluso fuera de aquellos ordenamientos de directa derivación romanística. El derecho romano es un modelo de experiencia sucesiva. El derecho fue la racionalización del dato social y medio de solución pacífica de conflictos interindividuales. Quizás por ello tenga presencia en casi todos los sistemas jurídicos del mundo. Por supuesto, ha influido en los ordenamientos jurídicos europeos, aunque con diferente intensidad según los países, pero también en los no europeos, ya sean iberoamericanos, africanos, asiáticos u oceánicos. Es el “denominador común” en el desarrollo del derecho privado de los diferentes Estados. Por consiguiente, el derecho romano se enseña y se investiga en la mayoría de las universidades del mundo, independientemente del régimen económico y político en que vivan. De modo que las consideraciones de tipo ideológico no afectan a la eficacia pedagógica e investigadora de los que imparten sus enseñanzas, ni a los que se dedican a los estudios romanísticos. Por todo ello, visto el valor y el alcance de la herencia legada en los sistemas jurídicos modernos, habría que considerar al derecho romano como un elemento “patrimonio de la humanidad”, como producto cultural y como potente instrumento de globalización e internacionalización entre diversas culturas.

Así pues, la experiencia jurídica romana es única y por diversas razones: se trata de la más larga experiencia jurídica (más de trece siglos), que puede conocerse a través de una amplia y consistente documentación. Se trata de una experiencia jurídica irrepetible, por la riqueza y variedad de los cambios que ofrece, desde cualquier punto de vista que se quiera: político (monarquía, república, principado, dominado); económico (transformación de una sociedad pastoril y agrícola en una sociedad comercial e industrial, con recurrentes crisis, que han determinado sus profundas transformaciones); demográfico (de una pequeña comunidad de pastores a un Estado comprensivo de la mayor parte de la tierra entonces conocida); religioso (del paganismo a la confesionalidad, de la tolerancia religiosa politeísta al cristianismo como único credo); ideológico (a lo largo de los siglos se superpusieron distintas corrientes de pensamiento), etc. En definitiva, el derecho como “ciencia” nació en Roma, y quien pretenda cultivar tal ciencia no puede olvidar sus orígenes, al igual que no se entiende que un estudioso del arte ignore las obras de la antigua Grecia.

El jurista deberá utilizar el derecho vigente como instrumental que sirve a concretos intereses, pero, además, tendrá que enfrentarse con dicho derecho, promoviendo su reforma, en un intento de búsqueda de la justicia por todos pretendida. Como juristas que somos, hemos de aportar una educación jurídica dirigida a la comprensión del derecho, a su crítica y reforma, en aras de la justicia. Si con los estudios jurídicos se pretende formar juristas, no se trata de hacerlo exclusivamente en derecho vigente, sino en el marco más amplio de un estudio histórico del derecho, pues es preciso hacer concebir al alumno que el derecho vigente es únicamente un momento en la evolución jurídica, cuyas soluciones son válidas en el actual momento histórico, pero que responden a una dinámica anterior, cuyo conocimiento brinda un caudal de nociones críticas. Ahora bien, también se ha de tener en cuenta que la enseñanza del derecho romano no ha de ser un fin en sí mismo, sino que hay que utilizarlo como instrumento de formación jurídica general. No se trata de convertir a centenares de jóvenes en avezados

romanistas, sino en iniciarlos, con el estudio del derecho romano, en su formación jurídica, y contribuir, en la medida de lo posible, en su formación humana. En definitiva, el estudio del derecho romano y su enseñanza sigue teniendo en la actualidad un valor teórico y práctico para la formación íntegra del jurista, que no se puede desconocer, ni desvalorizar, ya que, por encima de todas las razones, que puedan aducirse, prevalecerá siempre la neta superioridad del sistema de principios, y de la técnica de los juristas romanos, que no tiene parangón en la Historia.

El derecho privado romano invade la mayor parte de los actos ordinarios y extraordinarios de la vida de una persona. Si decimos propiedad o posesión, usufructo, hipoteca, servidumbre, derecho real; si entendemos el contrato o el delito; si pronunciamos compraventa, arrendamiento, mandato, sociedad; si nos referimos a acción, o a proceso; si conocemos el sentido de la herencia, el testamento, el legado; si hacemos nuestros todos estos conceptos, así como otras muchas instituciones jurídicas no mencionadas; si estamos familiarizados con ellos, y sabemos lo que queremos decir; si conocemos básicamente su significado; si esto le sucede a cualquier habitante de cualquier territorio de Europa, América y el mundo en general; y si esta cultura jurídica nos resulta cotidiana y normal, es porque en otro tiempo, desde los comienzos de siglo I d. C., hace veintiún siglos, todo el Viejo Continente y sus habitantes, prácticamente ininterrumpidamente hasta hoy, han vivido en contacto diario con estas figuras e instituciones jurídicas, que a pesar de ser hoy patrimonio de la humanidad, especialmente de los ordenamientos jurídicos europeos e iberoamericanos, fueron concebidas, desarrolladas y reformadas por los juristas romanos hasta alcanzar una configuración imperecedera y universal. No olvidemos hacer todas las distinciones que sean necesarias, pues aunque algunas instituciones jurídicas y de la administración de justicia se han mantenido casi invariables hasta nuestros días, al menos en su definición y en su terminología, nacieron para una sociedad y para una realidad estatal diferente de la nuestra, a pesar de lo cual los correspondientes términos que se fueron generando,

como herencia, fideicomiso, testamento, hipoteca, compraventa, etc., también evocaron, en la mente de los ciudadanos romanos, imágenes y conceptos muy próximos a los nuestros. Sirva de ejemplo en estos momentos de pandemia por COVID-19 el conocido testamento en tiempo de peste: el denominado *testamentum tempore pestis*, modalidad testamentaria que ha resurgido en la actualidad y que también en Roma se sintió su necesidad.

El mismo reconocimiento que tenemos de las categorías jurídicas privadas puede hacerse de innumerables conceptos de derecho público. La organización provincial que se estableció en el mundo romano, a lo largo de los primeros siglos de nuestra era, delimitó en gran manera el mapa político de la Europa que hoy conocemos. La forma de hacerse presente el poder político en el ámbito provincial y las facultades conferidas a los representantes de la metrópoli, en los territorios sometidos al poder de Roma, se mantienen vigentes en numerosas instituciones regionales y provinciales con competencias territoriales. Por poner algún ejemplo, muchas cuestiones, teóricas y prácticas, del derecho administrativo actual, como, por ejemplo, en materia de obras públicas, concesiones y autorizaciones, orden público, policía central, local, funeraria, asistencia sanitaria, etc., leyes municipales, son realidades del derecho público romano que todavía tienen mucho que enseñar y tomarse como punto de referencia.

Las razones que se han esgrimido en defensa del derecho romano y su valor formativo son muchas y muy variadas. Nos gustaría que en un futuro, cuando nuestra disciplina vuelva a cuestionarse, que se cuestionará, la defensa de la misma no la hagan los romanistas, sino todos los licenciados y graduados en derecho y la sociedad jurídica en general, de tal modo que todo aquello que hemos pretendido aportar, con el derecho romano, se haya reflejado en las mentes de nuestros juristas, y el que llegue a profundizarle, aunque después olvide sus pormenores, ya habrá alcanzado un provecho duradero: a falta de erudición, le quedará el arte de pensar y el sentido jurídico; o, para valernos de una expresión de Montaigne: si no hubiese logrado amueblar su inteligencia, la habrá forjado.

Pues bien, a pesar de las muchas opiniones laudatorias que recibe la enseñanza y la investigación del derecho romano, algo debe fallar en la aceptación de nuestra disciplina. Si con estas reflexiones se contribuye, aunque sea modestamente, a recobrar el respeto e interés por nuestra ciencia, nos damos por satisfechos, si bien estamos convencidos de que ello no se consigue con palabras sino con hechos, es decir, con la docencia y la investigación. Se trata de hacer patente el viejo aforismo “*contra facta non valent argumenta*”.

En definitiva, es un ejercicio muy interesante pararse a reflexionar en todo lo que le debemos a la civilización romana, origen y fuente de todo lo que somos, de lo que hacemos, de lo que decimos y de cómo lo decimos. Lo que hemos pretendido ha sido recordar que el ordenamiento jurídico romano es el inspirador de muchos, de muchísimos de los principios del derecho positivo. No obstante, su recepción viene matizada por el devenir histórico, de ahí que una cosa sea que los grandes principios ondeen sobre la legislación y otra bien distinta que la regulación del particularizado casuismo sea idéntica.

Bibliografía

- ÁLVAREZ SUÁREZ, U. (1944). *Horizonte actual del Derecho romano*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas: Madrid.
- BALDUS, CH. (2016). “Desarrollar un derecho de diferencias. La aportación del Derecho romano a la orientación del jurista europeo”. En *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, Vol. XXIX
- BISCARDI, A. (1989). “El derecho y la ciencia del derecho en los umbrales del año 2000”. En *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, Nº 1.

- BROGGINI, G. (1989). “Il Diritto romano nella formazione del giurista, oggi”. En *Il Diritto romano nella formazione del giurista, oggi*. Convegno organizzato dalla Fac. di Giurisp. della II Univ. di Roma, 18 e 19 sept. 1987, Milano
- BURDESE, A. (1990). “Diritto romano e formazione culturale del giurista”. En *INDEX. Quaderni camerti di studi romanistici*, N° 18.
- CALAMANDREI, P. (1926). *Demasiados abogados*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- CASCIONE, C. (2014). “Diritto romano e formazione del giurista”. En *INDEX, Quaderni camerti di studi romanistici*, N° 42.
- COING, H. (1977). *Las tareas del historiador del derecho. (Reflexiones metodológicas)*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- DE MARTINO, A. (2012). “Il ruolo degli studi di storia del diritto nella formazione del giurista”. En *Studia et documenta historiae et iuris*, N° 78.
- FIORAVANTI, M. (2006). “El papel de las disciplinas histórico-jurídicas en la formación del jurista europeo”. En *CIAN. Revista de Historia de las Universidades*, N° 9.
- GAROFALO, L. (2008). “Diritto romano e scienza del diritto”. En *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo de G. PUGLIESE (a cura di L. VACCA)*. Padova: Cedam.
- GUARINO, A. (2007). “A difesa dei giusromanisti”. En *Studi per G. Nicosia IV*. Milano: Giuffrè.

- HERNÁNDEZ-TEJERO, F. (1988). “*El latín y los juristas*”. En *Estudios en Homenaje al Prof. J. Iglesias*, I, Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- HERRERA BRAVO, R. (2007). *El Derecho romano en la cultura jurídica del siglo XXI*. Jaén: Universidad de Jaén.
- KOSCHAKER, P. (1955). *Europa y el Derecho romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- LATORRE, A. (1977). *Valor actual del Derecho romano*. Barcelona: Dirosa.
- MURILLO VILLAR, A. (2018). *¿Para qué sirve el Derecho romano? Razones que justifican su docencia e investigación en el siglo XXI*. Santiago de Compostela: Andavira.
- ORDINE, N. (2013). *La utilidad de lo inútil*. Traducción al español por J. Bayod. 10ª ed. Barcelona: Acantilado.
- PANERO GUTIÉRREZ, R. (1988). *El Derecho romano y la formación del jurista*. Barcelona: PPU.
- RODRÍGUEZ ENNES, L. (2012). “La permanencia del Derecho romano en los códigos europeos e iberoamericanos”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 16.
- TORRENT, A. (1988). “El Derecho romano como instrumento para la crítica del Derecho positivo”. En *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, 1, Madrid: Consejo General del Notariado.
- ZIMMERMANN, R. (2009). *Europa y el Derecho romano (estudio introductorio y traducción de I. Cremades)*. Madrid: Marcial Pons.

El antirromanismo ilustrado

Por Luis Rodríguez Ennes¹⁷³

Resumen

Este artículo pone de manifiesto las razones de la hostilidad existente entre los ilustrados del Siglo de las Luces contra el derecho romano. Tal confrontación contrasta con la admiración que profesan a otros múltiples aspectos de la cultura romana como las instituciones políticas, la arquitectura, el mobiliario o, incluso, la vestimenta femenina.

Palabras clave: Siglo de las Luces; hostilidad; derecho romano; influencias romanas

¹⁷³ Catedrático Emérito de Derecho Romano y Sistemas Jurídicos Comparados (Universidad de Vigo, España). Doctor Honoris Causa por UFLO Universidad.

Abstract

This article shows the reasons of the hability between the illustrates of the Enlightenment against the wonder to another multiples sights of the roman culture like the politicals institutions, the architecture, the furniture and the female 's clothes.

Keywords: *Enlightenment; hostility; roman law, romans influences.*

Sumario

I. Introducción: el marco histórico; II. El derecho romano y la *Encyclopédie*; III. Críticas a la excesiva presencia del derecho romano en las universidades y en la práctica dieciochesca; IV. Epílogo: Fray Martín Sarmiento y Ortega y Gasset

I. Introducción: el marco histórico

El siglo XVIII es un período de equilibrio que se extiende entre dos grandes convulsiones que han sacudido y agitado la Europa de la modernidad. La primera sacudida proviene de las denominadas “guerras de religión” que asolaron al continente a lo largo de casi dos centurias y cuyo término cumple situar a fines del XVII. La segunda está representada por las “guerras revolucionarias” que desde su eclosión a partir de las revoluciones americana (1776) y francesa (1789) van a ir removiendo Europa hasta poner punto final, mediado el siglo XX, al colonialismo.

En medio de estos dos períodos agitados por la guerra se extiende el siglo XVIII como una etapa de equilibrio –ciertamente no con ausencia total de enfrentamientos bélicos– en el que cristaliza una

utopía soñada por muchos de los más conocidos e ilustres pensadores de la época.

En 1784 contestaba Kant a la pregunta “¿qué es la Ilustración?” – *Was ist Aufklärung?* – con una reflexión sobre el uso libre de la razón que había emancipado al hombre de las antiguas creencias.¹⁷⁴ Esta razón, la misma que en el Renacimiento desarrollara un espíritu humanista enfrentado al teológico medieval, sería la base de una nueva cultura forjada en esencia en la baja modernidad, a partir de una revolución metodológica que transformó el conocimiento humano haciéndolo crítico y experimental.¹⁷⁵ Este nuevo método empírico hecho de orden y precisión, desarrollado por el pensamiento matemático y geométrico del siglo XVIII, fue puesto por último al servicio de las ciencias del hombre y de la naturaleza.¹⁷⁶ Así, a fines del siglo XVII, la física newtoniana, partiendo ya de hechos probados, fija las leyes de la naturaleza superando el racionalismo abstracto cartesiano.¹⁷⁷ Por

¹⁷⁴ KANT, I. (1784). *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung*. Berlín: Haude & Spener; Cfr. *Was ist Aufklärung. Thesen und Definitionem* (Stuttgart, 1978). La realidad de una cultura tutelada, controlada y, en caso preciso, dirigida, no concuerda con la famosa definición que Kant dio de la Ilustración: una disposición del espíritu liberado de tutelas, conducido por la sola luz de la razón. Un ideal del que su época estaba lejana. Él no creía vivir en el Siglo de las Luces, sino en un siglo “en marcha” hacia el Aufklärung, hacia la Ilustración. Kant era vasallo de Federico II de Prusia y sabía cuáles eran los fines y los límites del absolutismo ilustrado; unas limitaciones que alcanzaban todavía en mayor medida a España, a los dominios de José I de Austria, a la mayoría de los pequeños estados italianos. Había más atrevimiento y espontaneidad en aquellos estados (Francia, Inglaterra) en los que no hubo absolutismo o, si lo hubo, fue escasamente ilustrado.

¹⁷⁵ HALL, A. (1956). *The Scientific Revolution 1500-1800*. Boston: Beacon Press; KOYRE, A. (1979). *From the closed World to the infinite universe*. Madrid: Siglo XXI.

¹⁷⁶ HAZARD, P. (1958). *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*. Trad. esp. Julián Marías. Madrid: Guadamara; HILL, C. (1961). *The century of revolution 1603-1714*. Londres: Routledge; PENNINGTON, D. (1973). *Europa en el siglo XVII*. Madrid: Aguilar.

¹⁷⁷ HAZARD, *op. cit.*; HILL, *op. cit.*; PENNINGTON, *op. cit.*

esta misma época, Locke redacta en sendos tratados un nuevo código de política moderna y de entendimiento humano con sus virtudes de tolerancia, beneficencia y humanidad.¹⁷⁸ Y en las Universidades de Heidelberg, Halle, Gotinga, autores como Puffendorf, Thomasius, Wolf o Heineccius, aplicando la sola razón al conocimiento del derecho natural, acabaron por desligar la ley humana de la divina.¹⁷⁹ El ideal sistemático del humanismo jurídico concretado en torno al esquema gayano-justiniano *personae, res, actiones* fue adoptado por los teóricos alemanes del derecho natural racionalista siguiendo el pensamiento de Leibniz. El esquema tiene ahora un nuevo significado

¹⁷⁸ NEWTON, I. (1987). *Philosophiae naturalis principia mathematica*. Trad. esp. F. Rada. Madrid: Alianza. “Toda la dificultad de la filosofía parece consistir en que a partir de los fenómenos del movimiento, investiguemos las fuerzas de la naturaleza y después, desde estas fuerzas, demostremos el resto de los fenómenos” (Prefacio).

¹⁷⁹ LOCKE, J. (1690). *Essay on human understanding*. Londres: Printed for Tho. Basset, and sold by Edw. Mory. Su divulgación europea vino propiciada por su traducción francesa *Essai philosophique concernant l'entendement humain* (trad. de P. Coste, Amsterdam, 1729). Como señala RODRÍGUEZ ARANDA en su prólogo a la trad. esp. (Madrid, 1987), p. 6: “La influencia de Locke en España fue muy profunda. En todo el tiempo transcurrido desde Feijoo hasta Martí de Eixalá no hay un solo filósofo que no acuse su huella. En el viraje cultural que experimenta España en el siglo XVIII, el filósofo inglés es un factor decisivo. De una parte, el ambiente se hallaba preparado para la recepción de esta nueva filosofía, debido a la tradición escolástica española y a los rasgos comunes que poseía con ella la filosofía realista de Locke. Por otra parte, el hecho de que el pensamiento español se moviera dentro de un ámbito de menor libertad que el francés fue causa de que originara una verdadera revolución intelectual. La cultura española de ese siglo gira bruscamente, y la causa principal de ello fue Locke, unas veces directamente y otras a través de los enciclopedistas. Es significativo que incluso un poeta, Meléndez Valdés, dijera que al Ensayo sobre el entendimiento humano debería toda su vida lo que supiera discurrir”. Del mismo a. *vid.* también: “La recepción y el influjo de las ideas políticas en España”, en *Rev. de Estudios Políticos* (en lo sucesivo REPOL), 76 (1954), p. 115-130.

por el presupuesto de valor universal que presentan las construcciones teóricas del derecho natural racionalista, y permite construir el *ordo iuris* como un conjunto de derechos subjetivos.¹⁸⁰

La Razón, convertida en arma de la nueva cultura, se hace crítica y universal, enfrentándose a una concepción del mundo profundamente marcada por más de mil años de cristianismo. Como si de una onda laica del espíritu libertario de la Reforma se tratase, esta razón, como apuntara Leibniz, proviene de un norte germánico capaz de adoctrinar a un mundo latino que apenas transmite otra luz que la tenue de la tradición.¹⁸¹ De ella nace una nueva civilización que por oposición a una presunta oscuridad anterior, similar a la noche gótica o medieval de los renacentistas, se conoce en todas partes con el nombre de Ilustración o las Luces: *Les Lumières*, *I Lumi*, *Die Aufklärung*, *The Enlightenmen*, *As Luzes*. Todas las variantes europeas del término hacen referencia a una revolución espiritual merced a la cual la mente humana quedaría liberada de las tinieblas del error y alumbrada por la luz de la Razón.¹⁸² En el constante peregrinar de Minerva sobre la tierra, la luz ha posado ahora en Europa: “En saliendo de Europa todo se nos figura barbarie”, dirá Feijoo y así, más como un espacio cultural que geográfico concreto, será concebida por los ilustrados españoles.¹⁸³

¹⁸⁰ FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2000). “La dimensión político-cultural del humanismo jurídico”. En *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* (en lo sucesivo SCDR), XII, p. 131.

¹⁸¹ CORONAS GONZÁLEZ, S. (1999). “El pensamiento jurídico de la Ilustración en España”. En DE MONTAUG, T. (ed.). *Historia del pensament jurídic*. Barcelona, p. 155.

¹⁸² DOMÍNGUEZ ORTÍZ, A. (2005). *Carlos III y la España de la Ilustración*. Madrid: Alianza, p. 254.

¹⁸³ SÁNCHEZ AGESTA, L. (1995). “España y Europa en el pensamiento español del siglo XVIII”. En *Cuadernos de la Cátedra Feijoo* 2, p. 3-27.

II

La polémica en torno al método, el objeto y los fines de la enseñanza jurídica, muy frecuente en el setecientos, se entrecruza con la tendencia ilustrada dirigida a reformar la vieja universidad con sus pertinentes raíces medievales y a dar cumplimiento a las nuevas exigencias de la vida práctica y a los ideales del Iluminismo. A grandes rasgos puede señalarse que el retroceso de la importancia de la teología en la cultura dieciochesca y su empobrecimiento escolástico, el apego al derecho romano y la escasa sensibilidad hacia el real o nacional o hacia el cultivo de las ciencias, tienden a acrecentar el divorcio entre la Universidad y la sociedad. Ello explica que el siglo XVIII no cese de acumular escritos y peticiones de reforma, de muy diversa entidad y alcance, que no logran penetrar de todo en los densos muros universitarios. Se darán algunos pasos, siempre insuficientes, para acercar la Universidad al conjunto de preocupaciones, saberes y demandas académicas de la sociedad.¹⁸⁴

Estas mentes claras, iluminadas “por las luces de la razón”, no se limitaron a criticar lo caduco, sino que pretendieron reformar el sistema jurídico por el que se regía la sociedad. Como ha apuntado Tomás y Valiente, lo que intentaban conseguir era una sociedad estamental racionalizada y progresiva y un derecho adecuado a la misma, para lo cual pensaban que este debía ser racional, uniforme y emanado de la autoridad soberana, del rey absoluto.¹⁸⁵ Todos los proyectos de reforma ahora elaborados tienen un fundamento común: la exigencia de sustituir la vieja “jurisprudencia” basada en el derecho romano por un sistema nuevo construido sobre bases iusnaturalistas y racionales. La

¹⁸⁴ Amplia literatura a este respecto en RODRÍGUEZ ENNES, L. (1996). “La ruptura del monopolio de la enseñanza del Derecho romano en las universidades españolas del siglo XVIII” En *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, XLIII, p. 345 ss.

¹⁸⁵ TOMÁS Y VALIENTE, F. (1980). *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid: Tecnos, p. 383.

doctrina basada en el *ius commune*, que había constituido desde el siglo XIII el fundamento común del quehacer de los juristas y la tradición culta de la que éstos se nutrían, fue combatida desde distintos ángulos de tiro en el Siglo de las Luces.¹⁸⁶

Punto focal de las discusiones era —y no podía dejar de serlo— el derecho romano y, en particular, la cuestión de su preponderancia en la enseñanza jurídica, así como su verdadera utilidad para la formación del jurista. Y es que los más conspicuos ilustrados concordaban en el papel subalterno y de todo punto insuficiente al que —de hecho— la hegemonía de la enseñanza romanística relegaba los derechos nacionales, impidiendo, por tanto, la realización del proyecto iluminístico de la creación de escuelas superiores destinadas a la formación profesional de las nuevas clases dirigentes. Sin perjuicio de que nos ocupemos más *in extenso* de esta cuestión en el último apartado del presente trabajo, basta ahora con traer a colación —por tanto, de un modo puramente ejemplificativo— los testimonios claramente concordantes de dos de los

¹⁸⁶ WIEACKER, F. (1952). *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, p. 313 ss. y (1957). *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*. Trad. esp. Fernández Jardón. Madrid: Aguilar, p. 197 ss.; THOMANN, M. (1968). "Influencia du philosophe allemand Christian Wolff (1679-1754) sur l'Encyclopedie et la pensée politique et juridique du XVIIIe. siècle français". En *APLD*, 13, p. 234 ss., con la literatura citada en la nota 1 de la página 235; COING, H. (1970). "Die juristische Fakultäten der Aufklärungszeit. Geschichte einer Studienreform", en *JAWG*, p. 34 ss. y (1979). "L'insegnamento della giurisprudenza nell'epoca dell'Illuminismo". En PICARDI (ed.). *L'Educazione giuridica. Il profili storici*. Perugia: Editrice p. 104 ss.; PESET REIG, M. (1975). "Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII" en *AHDE*, 45, p. 278 ss.; acerca del iluminismo polaco, COMANDUCCI, P. (ed.) (1978). *L'illuminismo giuridico. Antología di scritti giuridici*. Bologna: Il Mulino, p. 121 ss.; SALMONOWICZ, S. (1984). "Le droit romain en Pologne a l'époque des lumieres", en *Studi Guarino*, 7, Nápoles, p. 214 ss., con literatura en nt. 1.

más señeros espíritus de la época: Diderot¹⁸⁷ y Voltaire¹⁸⁸, en punto al paupérrimo nivel académico de las facultades de derecho. En realidad, los editores de la *Encyclopédie*¹⁸⁹ solo tienen en cuenta al derecho natural

¹⁸⁷ "Notre Faculté de Droit est misérable. On n'y lit pas un mot de droit français; pas plus du droit de gens que s'il n'y en avait point; rien de notre code ni civil ni criminel; rien de notre procédure, rien de nos lois, rien de nos coutumes, rien des constitutions de l'Etat, rien du droit des souverains, rien de celui des sujets; rien de la liberté, rien de la propriété, pas d'avantage des offices et des contrats. De quoi s'occupe-t-on donc? On s'occupe du droit romain dans toutes ses branches, droit qui n'a presque aucun rapport avec le notre". Cfr. DIDEROT, D. (1875). "Plan d'une Université pour le gouvernement de Russie". En *Oeuvres*, 3, París, p. 437.

¹⁸⁸ No es menos explícito y duro VOLTAIRE (1771) : "Je suis de Paris et on m'a fat etudier pendant trois ans les loix oubliées de l'ancienne Rome; ma coutume me suffirait, s'il n'y avait pas dans notre pays cent quarante -quatre coutumes différentes (...). Ensuite on me parla de la loi des douze Tables, abrogée bien vite chez ceux qui l'avaient faite, de l'edit du préteur quand nous n'avons point de préteur, de tout ce qui concerne les esclaves quand nous n'avons point d'esclaves domestiques (au moins dans l'Europe chretienne), du divorce quand le divorce n'est pas encore reçu chez nous. Je m'aperçus bientôt qu'on me pongeait dans un abime dont je ne pourrais jamais me tirer. Je vis qu'on m'avait donné une éducation très inutile pour me conduire dans le monde". Cfr. "Dialogue entre un conseiller et un ex-Jésuite". En *Questions sur l'encyclopédie par les Amateurs*, V, p. 80 ss.

¹⁸⁹ *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, para une Société des gens de lettres. Mis en ordre et publié par M. Diderot* (París, 1751). La *Encyclopédie* es el paradigma y la síntesis de la forma típica del pensamiento de la Ilustración. A la vista de esta obra paradigmática podemos preguntarnos en qué consiste la tarea de la Enciclopedia. Y la respuesta a esta pregunta es que la Enciclopedia es la manifestación del valor autónomo y primordial de un saber, que generado a lo largo de los siglos, se concentra en ella para que el hombre del siglo XVIII pueda disponer de él y superar las tinieblas de la ignorancia. Para que ese saber enciclopédico, suma de conocimientos, pueda ser comunicado al conjunto del género humano, está concebido y organizado bajo la forma de informaciones clasificadas por orden alfabético. De esta forma la Enciclopedia se nos presenta, y así debemos interpretarla,

que para ellos constituye una parte de la ciencia moral y, por tanto, de la filosofía. Este es el punto de vista más característico de la época.¹⁹⁰

Con todo, la hostilidad –aún siendo más acerba por lo que hace al derecho romano– abarca también a la jurisprudencia en general, como lo prueba el significativo hecho de la parca atención que la *Encyclopédie* consagra al derecho y a la jurisprudencia.¹⁹¹ Entre los enciclopedistas, esta animadversión contra el mundo jurídico está compensada por la tendencia propiamente omnicomprendensiva que trata de presentar todos los conocimientos humanos. Como la *Encyclopédie* es un compendio del saber, ella debe –pese a la enemiga de sus editores– presentar de una manera suficiente el derecho que, según d’Alembert, “*est devenu pour notre malheur un objet considérable d’études*”.¹⁹² Razón por la cual, como escribe Diderot en su prefacio al volumen III, “*La jurisprudence, cette science malheureusement si nécessaire, et en meme temps si étendue,*

como el fruto del gran proyecto de los hombres de la Ilustración, que consiste en adquirir un saber lo más amplio posible cuantitativamente y lo más autónomo y crítico cualitativamente para utilizarlo técnicamente sobre la naturaleza y la moral, y políticamente sobre la sociedad. Cfr. FLÓREZ MIGUEL, C. (1998). *La Filosofía en la Europa de la Ilustración*. Madrid: Síntesis, p. 21.

¹⁹⁰ Es arquetípico al respecto lo que señala DIDEROT: “La Morale, dont nous avons fait la seconde partie de la Science de l’Homme, est ou générale ou particulière. Celle-ci se distribue en Jurisprudence Naturelle, Oeconomique et Politique. La Jurisprudence Naturelle est la Science des devoirs de l’Homme en Famille”. Cfr. “Explication détaillée du système de la connaissance humaine”, p. LXIX.

¹⁹¹ Como ha demostrado WOŁODKIEWICZ: “L’*encyclopédie* de Diderot consacre au droit et à la jurisprudence un nombre étonnant (20%) d’articles et de rubriques”. De ahí, el a. infiere que los editores de *Encyclopédie* son hostiles al derecho y a la jurisprudencia (Cfr. *Le droit romain et l’encyclopédie*, Nápoles, 1986, p. vii). A mayor abundamiento refuerza su opinión con el incontrovertible dato de que el derecho y la jurisprudencia se hallan totalmente ausentes de las 45 páginas del “discours préliminaire des éditeurs” (*Ibidem*, p. X).

¹⁹² *Encyclopédie*, 1, p. XI.

va désormais (...) paraître dans l'Encyclopédie avec le détail et la dignité qu'elle mérite".¹⁹³ Podemos, pues, afirmar sin ambages que los adeptos al espíritu de las Luces eran hostiles a la jurisprudencia y, en mayor grado, todavía al derecho romano, calificado peyorativamente de "símbolo de la rutina".

Empero, a partir del volumen III, publicado en 1753, un jurista va a aportar su concurso a la *Encyclopédie*: Boucher d'Argis,¹⁹⁴ a cuya autoría se deben las voces relativas al derecho romano, y que Diderot, en su prefacio al volumen III nos presenta como un "*avocat, au Parlement de Paris, et Conseiller au Conseil Souverain de Dombes*",¹⁹⁵ autor de excelentes obras sobre la jurisprudencia "*cete science malhereusement si nécessaire*". Este inciso final nos demuestra la parca consideración que los saberes jurídicos suscitaban en el sentir diderotiano. Ello no obsta, en modo alguno, para que —pese a esas trabas de partida— la competencia del autor esté destacada por el tratamiento de la evolución histórica de las diferentes instituciones y los reenvíos que él hace

¹⁹³ *Ibidem*, 3, p. III.

¹⁹⁴ Se trata de Antoine-Gaspard Boucher d'Argis, nacido en 1708 en el seno de una noble familia de antiguas tradiciones jurisprudenciales y padre, a su vez, de André-Jean Boucher d'Argis, autor de un sonado opúsculo titulado: *Lettres d'un magistrat de Paris á un magistrat de province sur le droit romain et la manière dont on l'enseigne en France* (Ginebra, 1782), del que haremos cumplida referencia. Antoine-Gaspard fue un conocido abogado del Parlamento de París. Miembro del Consejo soberano de Dombes y de Boullion fue, al propio tiempo, además de famoso juriconsulto, autor fecundo y prestigioso editor. Se le conocen diversas monografías y varias ediciones de artículos y voces jurídicas para la *Encyclopédie* de Diderot (desde el tercer volumen, hasta el último, el decimoséptimo de 1765). Acusado por Marat de contrarrevolucionario, fue guillotinado el 23 de julio de 1794, algunos días antes de finalizar el Terror. Datos extraídos de WOŁODKIEWICZ, W. (1986). "La giurisprudenza e il diritto romano nel pensiero degli Enciclopedisti". En SSA, p. 3, nt. 22, más literatura en *Dictionnaire de bibliographie française*, 6, París, 1933, p. 112.

¹⁹⁵ *Encyclopédie*, vol. 3, p. III.

eventualmente a las fuentes romanas. Con ello únicamente trata de cumplir con el compromiso marcado por los enciclopedistas de abordar las instituciones “*avec le detail et la dignité qu'elle mérite*”.¹⁹⁶

El artículo “Droit Romain” cubre solo cinco páginas *in folio*.¹⁹⁷ Fue redactado por Boucher d'Argis, que distingue el derecho romano arcaico del que nos transmitió la compilación justiniana. El derecho romano es así definido por él como las leyes “*qui ont été adoptées par la plupart des differents nations de l'Europe, chez lesquelles ces lois sont encore en usage plus au moins entendu*”.¹⁹⁸ En toda su contribución a la *Encyclopédie* transparece que no se puede formar un verdadero jurista sin un profundo conocimiento de la experiencia jurídica romana.¹⁹⁹ Aunque queda patente su fidelidad al derecho romano, no estamos ante un fiel incondicional. Él mismo se preocupa de señalar –junto a las virtudes del derecho romano– sus “*grands défauts*”: las antinomias

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ Seguimos aquí, básicamente a WOŁODKIEWICZ, *Le droit romain et l'Encyclopédie*, *op. cit.*, p. xxxvi ss.

¹⁹⁸ *Encyclopédie*, vol. 5, p. 137, donde califica además el derecho romano como “le droit commun et général de presque tous les états d'Italie, d'Allemagne, d'Espagne, et de Portugal: on y a aussi quelque fois recours au défant des lois du pays, en Pologne, en Angleterre, et en Danemark.”

¹⁹⁹ En *ibidem*, p. 141, afirma: “Le droit romain est la meilleure source où l'onsoit á portée de puiser la science des loix”; teorizando que quien se limita a estudiar las leyes vigentes en su país “sans y joindre la connoissance du droit romain” no pasará de ser un “homme superficiel”. “Dissons plutot -engadía- qu'il ne méritoit point le nom de jurisconsulte, et qu'il ne servit au plus qu'un médiocre praticien.” En otra obra, el mismo a. señala: “Ainsi le fameux M. Fourcroit disoit qu'on pouvoit bien, sans du Droit Romain, devenir un habile Practicien, et meme quelquefois faire fortune au Palais; Mais qu'on ne pouvoit pas devenir un habile Avocat, sans avoir acquis une parfaite connoissance de ce droit, qui est la mère de toutes les Loix, *Legum omnium mater*.” FERRIERE, C. (1769). *Dictionnaire du droit, nouvelle edition, revue, corrigée et augmentée par Arg. Boucher d'Argis*, Vol. I-II. París: Gallimard, s.v. Droit romain.

entre los fragmentos del Digesto y del Código; el hecho de que en lugar de contener decisiones generales sean la mayor parte soluciones a casos concretos, con lo que con todos estos materiales no se puede formar un sistema metódico de jurisprudencia “*si l'on excepte les institutions, mais qui son trop abregés pour renfermer tous les principes du droit*”.

Esta crítica al derecho romano, proveniente de los humanistas del siglo XVI, retorna con fuerza en la época de la Ilustración. Pero en Boucher d'Argis no está fundada en la pretendida inmoralidad de Justiniano y sus juristas: “El derecho romano tiene muchas instituciones extrañas a nuestras costumbres, por ejemplo, todo lo que concierne al gobierno y a la administración de la justicia, las fórmulas de las acciones, los esclavos, la adopción, etc.”. Así las cosas, ello no obsta para que en otros artículos de la *Encyclopédie* debidos a su autoría vuelva a subrayar la necesidad de conocer el derecho romano para ser un verdadero jurisconsulto. Por ejemplo, la voz “*jurisprudence*”, donde afirma: “*on ne doit pas non plus prodiguer le titre de jurisconsulte á cent qui n'ont qu'un connoissance superficielle de l'usage qui s'observe actuellement*”.²⁰⁰

A modo de conclusión, convenimos con Wolodkiewicz²⁰¹ que los artículos de la *Encyclopédie* sobre el derecho romano no son ciertamente muy originales. El objetivo de la obra es otro. Se proponía presentar una suma de conocimientos de la época. Por lo que respecta al derecho romano, los autores de las voces muestran, en general, un buen conocimiento de las fuentes y del estado de la investigación en la materia y, en este sentido, los artículos redactados por Boucher d'Argis merecen una alta consideración. En un tiempo en el que los cambios de la era revolucionaria estaban en gestación, él hace conocer el derecho con competencia e imparcialidad. Y es en parte gracias a él que ese mismo derecho romano haya influido en el Código Civil francés, triunfando sobre el derecho natural.

²⁰⁰ *Encyclopédie*, vol. 9, p. 70-72.

²⁰¹ WOŁODKIEWICZ, *Le droit romain et l'Encyclopédie*, op. cit., p. xliii.

III

Las obras de Voltaire, Montesquieu, Diderot y Rousseau son leídas e imitadas. Una pléyade de pensadores profundos, de hombres políticos y de escribanos, fornecidos de ideas nuevas, aparecen en la escena pública. En la ciencia del derecho, el Siglo de las Luces consagra el triunfo de la doctrina del derecho natural. Visto el papel que esta doctrina ha jugado en la Europa de las Luces, en lo que concierne a la formación de una nueva actitud con respecto al derecho romano y sus prolongaciones en el pensamiento y en la práctica judicial, parece útil consagrarle algunas notas. Que el derecho romano fue combatido con rigor creciente a medida que el racionalismo crítico de la Ilustración se difundió entre nosotros, está fuera de toda duda. Los juristas ilustrados tomaron aversión a unas leyes que comienzan a ser calificadas como “bárbaras” y a ser desdeñadas desde las elevadas alturas de un racionalismo seguro de su propia capacidad innovadora. Esta corriente antirromanista enlazaba con la idea del derecho popular —propia del iusnaturalismo— al exigir a las leyes una claridad y sencillez tales que pudieran ser comprendidas por todos, sin necesidad de la intervención de los juristas.²⁰²

Durante la primera mitad del siglo XVIII, los iusnaturalistas emiten sobre el derecho romano juicios y opiniones que por su acrimonia recuerdan la crítica del humanismo sobre el *mos italicus*.²⁰³ Este ambiente

²⁰² FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (1970). *Los estudios de Derecho romano en Francia después del Código de Napoleón*. Roma-Madrid: CSIC, p. 18.

²⁰³ KOSCHAKER, R. (1955). *Europa y el Derecho romano*. Trad. esp. Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 226. El propio autor en nota 32 añade: “Así, p. ex., Thomasio afirma que ‘no hay libro más insulso y simple que las *Iustiniani Institutiones*’. Conocida es también la manifestación del iusnaturalista holandés Schorer, de que es más fácil encontrar una perla en un muladar que en el *Corpus Iuris* una idea utilizable. También el título del escrito de Thomasio, *Larva legis Aquilliae detracta actioni de damno receptae in foris Germanorum* (1703), prueba su falta de simpatía hacia el derecho romano. En este escrito

hostil acrecienta con el decurso del siglo, como puede apreciarse a través de un artículo de J. Garat, publicado en *Mércure de France* de 1785,²⁰⁴ objeto de viva réplica por parte de J. Berthelot.²⁰⁵ Sería hartó prolijo detenernos en el examen pormenorizado de las críticas contrarias al derecho romano y de las favorables a su vigencia y estudio.²⁰⁶ Lo cierto es —y ello no admite duda alguna— que las ideas nuevas van a provocar un cambio de actitud con respecto al derecho romano. Se observa en numerosos países que el retorno a la tradición nacional condujo a

pretende su autor probar que el derecho a reclamar indemnización por el daño aquiliano, rigió en Alemania por ser de derecho natural y que esta misma *lex Aquilia*, en cuanto se desvía de los principios iusnaturalistas que constituyen su fundamento, no ha sido recibida:

²⁰⁴ Se trata de un artículo violentamente hostil al derecho romano en el que, entre otros asertos, se sostenía que tal derecho era fruto de las “*fantaissies bizarres*” y de los “*caprices tyranniques*” de los emperadores y no de las opiniones de los jurisconsultos los cuales “*trés souvent... n'étaient que des esclaves autour d'un despote...*” (p. 1006).

²⁰⁵ J. BERTHELOT escribió, en defensa del derecho romano, en un ensayo titulado *Réponse á quelques propositions hasardées par M. Garat contre le droit romain* (París, 1785), en donde subrayaba: “Ce n'est point une question indifférente pour le Public, de savoir si le droit romain est un recueil d'absurdités ou l'expression de la raison... Il importe qu'elle [la loi romaine] ne soit pas calomniée par les hommes de l'art, en que l'on suppose des connaissances de jurisprudence”. Más literatura sobre esta polémica en BOUCHER d'ARGIS, A. (1984). *Lettres d'un magistrat de Paris á un magistrat de province sur le droit romain et la manière dont on l'enseigne en France*, nota introductoria de WOŁODKIEWICZ. Nápoles: Jovene, p. 24 ss.

²⁰⁶ Son citados frecuentemente —por lo que hace a Alemania— Fuchsberger, en su traducción de las Instituciones (“si desapareciera el Derecho romano, volverían los hombres a su estado salvaje, se alimentarían de bellotas y el más fuerte oprimiría al más débil”), y Vigelius, profesor de Marburgo, en su *Methodus de retractu, praef.*, p. 20, en el mismo supuesto enunciado por Fuchsberger: *mahometicae iurisprudentiae ad occidentis regna occupanda iter apertum*, con lo que el autor alude indudablemente al peligro turco. En otro lugar dice que la eliminación del derecho romano es *nihil aliud quam vincula imperii romani dissolvere*. Cfr. KOSCHAKER, *op. cit.*, p. 290, nt. 33.

una actitud crítica hacia el derecho romano, considerado como factor de cosmopolitismo. Grocio, Puffendorf y Thomasius representan tres etapas de la evolución de las ideas sobre el derecho romano que en la época de actividad de Thomasius –comienzos del siglo XVIII– se encuentra violentamente atacado por este último.²⁰⁷ Los partidarios del derecho natural en Alemania no podían, por tanto, condenar en bloque la secular tradición del *usus modernus pandectarum*, inseparable de la herencia nacional en el terreno jurídico. Es por lo que algunos tratan de encontrar una solución de compromiso al demostrar que las normas del derecho romano son compatibles con la exigencia de la razón. Tal había sido la posición de Grocio²⁰⁸ o de Domat en Francia.²⁰⁹ “En nuestra patria –escribe Villadiego, el editor del *Fuero Juzgo*– las leyes romanas no deben usarse como tales, sino ‘por ser razón natural’ pues los reyes españoles no están sometidos a ellas, ya que rescataron sus reinos de manos de sus enemigos, solo cabe utilizarlas *tanquam ratione naturali si fundantur in ea, non tanquam legibus*”.²¹⁰ Estas realidades evidentes de la España moderna continuaban sin interrupción durante el setecientos. Así, el polígrafo dieciochesco Mayans y Siscar se pronunciaría con ideas semejantes: “El derecho romano consta de preceptos del derecho natural, del derecho de gentes y del derecho meramente civil. En todo lo que está tomado del derecho natural y de las gentes, debe seguirse, no porque lo ha confirmado el derecho

²⁰⁷ Cfr. LANDSBERG, E. (1898). *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, 1, Munich-Leipzig: Oldenbourg, p. 80-82, 107-110; WOLFF, H. (1949). *Die Weltanschauung der deutschen Aufklärung in geschichtlicher Entwicklung*. Munich: Bern & München, p. 22 ss.; BLOCH, E. (1953). *Christian Thomasius. Ein deutscher Gelehrte ohne Misere*. Berlín: Aufbau.

²⁰⁸ WIEACKER, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna, op. cit.*, p. 175.

²⁰⁹ Su obra *Lois civiles dans leur ordre naturel 1689-1697* constituye un ensayo de conciliar las reglas de la razón con los principios del derecho romano.

²¹⁰ VILLADIEGO, A. DE (1600). *Forus antiquus Gothorum Regni Hispaniae, olim Liber Iudicum, hodie Fuero Juzgo nuncupatus*. Madrid: Madriti, fol. 71.

romano apropiándolo a sí, sino porque es derecho natural y de gentes los cuales derechos obligan a todo el género humano”.²¹¹

Podría multiplicar los textos de los autores del XVIII que expresan esa conformidad –con críticas– acerca de la presencia y fuerza del derecho romano. Basta abrir cualquier obra para que nos encontremos su peso todavía decisivo en el tratamiento de las cuestiones prácticas de nuestro derecho.²¹² En 1765 sale la primera edición de Juan Francisco de Castro, *Discursos críticos sobre las Leyes y sus intérpretes*, en la que el autor, tras condenar al exceso en el derecho romano como uno de los enemigos capitales de la práctica,²¹³ reconoce, empero, su valor supletorio: “últimamente las leyes romanas no solo resuenan en las escuelas, sino también en los tribunales y los escritores españoles las veneran, citan y exponen con muy largos comentarios; y por decirlo en una palabra,

²¹¹ MAYANS Y SISCAR, G. (1775). Prólogo a BERNI, J. *Instituta civil y real*. Valencia: Estevan y Cervera, p. XXIII.

²¹² Mora y Jaraba, aún cuando ataque al derecho romano sabe que no hay posibilidad de prescindir de sus libros: “Lo mismo debe entenderse de los papeles en Derecho y de los informes que se hacen en los Tribunales, donde se citan las leyes romanas con tal satisfacción como si fuesen preceptos del Evangelio. Cuyo abuso pudieran los jueces reformarlo fácilmente, obligando a los abogados a que diesen juntamente la razón de los textos que citan; que yo aseguro que no se citarían tantos en los informes y papeles, no siendo dado a todos penetrar la razón de las Leyes Civiles, aquellas digo que están bien fundadas”. Cfr. *Tratado crítico. Los errores del Derecho y abusos de la Jurisprudencia*, Madrid, 1748, p. 221.

²¹³ “Entre la inmensidad de leyes civiles y canónicas, entre el inexplicable número e inagotable fluxión de buenos y malos libros nacionales o extranjeros, opiniones del mismo dictado y patria, escritas y no escritas costumbres, sumergida toda humana capacidad, le hace detestar una profesión en que nada hay apenas cierto y seguro, y en que el que más alcanza sólo llega, después de encontrarse en los últimos períodos de su vida, destruida su salud con tantas y tan penosas tareas, a poder más que otros por propia experiencia certificar esta verdad y asegurar lo inextricable de este laberinto”. Cfr. DE CASTRO, J. F. (1829). *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*. Madrid: Imprenta de Aguado, I, III s. Es la segunda edición.

este es un derecho que en pluma de todos se llama común, en cuyo nombre se denota su universalidad para los casos que no estén determinados por ley particular”.²¹⁴ Con todo, el interés hacia el derecho romano descende y los espíritus se orientan hacia el derecho natural, hacia las reformas humanitarias del derecho penal o bien hacia las investigaciones históricas de carácter documental.

Como ha puesto de manifiesto Wieacker,²¹⁵ este cometido del derecho natural provino de la situación crítica de la ciencia jurídica en el mundo espiritual de comienzos de la Edad Moderna. Esto es, por haber quedado relegada ante el concepto europeo del mundo surgido a comienzos del siglo XVII de una revolución espiritual cuyos focos fueron la teoría del conocimiento de Descartes y la fundamentación de la nueva física por Galileo y cuya conclusión provisional la constituyen, en las ciencias sociales, precisamente los grandes sistemas del derecho racionalista. Como fenómeno europeo, el derecho natural parece ser el enemigo del derecho romano. Esto, sin embargo, no es verdad o es verdad solo en parte muy pequeña. El derecho natural, como derecho de profesores que era, no podía eliminar el derecho de juristas, y solo a través de la legislación pudo influir en la práctica. Muchos iusnaturalistas abominan del derecho romano, pero con acierto afirma Koschaker²¹⁶ que “tales abominaciones son más bien expansiones temperamentales de profesores, a los que no debe concederse mucha importancia”. Los iusnaturalistas, sobre todo sus más eximios representantes como Grocio o Puffendorf, fueron no solo profundos conocedores del derecho romano, sino que también amigos suyos.

Las críticas al derecho romano se entrecruzan con otras relativas a la “imperfeción” del sistema romanístico –sobre todo en su aspecto justinianeo–, calificado de demasiado oscuro, lagunoso, en muchos

²¹⁴ *Ibidem*, I, p. 59.

²¹⁵ WIEACKER, *Historia del derecho privado en la Edad Moderna*, *op. cit.*, p. 199.

²¹⁶ KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano*, *op. cit.*, p. 358.

aspectos contradictorio, cuando no indescribable o ambiguo, frente a la imagen clara, racional, perfecta, completa de un ordenamiento jurídico fundado sobre principios elaborados por juristas, humanistas, racionalistas, iusnaturalistas.

Esta crítica al derecho romano se alía paradójicamente con aquella, muy feroz, al sistema feudal del que el tardío derecho romano estaba impregnado y del que el derecho justiniano constituía un símbolo, a menudo también malentendido y traicionado. En sus memorias dirigidas a la emperatriz Catalina II de Rusia, Diderot escribía: “Yo no sé qué relación podía haber entre el derecho romano y la constitución de un gobierno feudal en toda su ferocidad. El hecho es que los usos se modificaron sensiblemente por la aparición de este derecho. ¿Cómo se hizo esta modificación, fue efectuada con el conocimiento que la nación o el soberano tenían de este derecho? En modo alguno”. Y concluye: “*Les usages furent modifiés par la force des opinions des jurisconsultes. Ces jurisconsultes ne pouvaient pas représenter la nation*”.²¹⁷

Otro factor contrario a la doctrina del viejo *ius commune* era intrínseco a la misma y consistía en su propia rutina. Falta de renovación, la doctrina romanista permanecía lastrada por su rancio e irreversible envejecimiento. No es de extrañar, en consecuencia, que a mediados de siglo se posea conciencia clara de que los tesoros de la interpretación jurídica se habían tornado en gruesa carga para los juristas. Los libros de los intérpretes son áridos, dificultosos de leer, las glosas o los tratados sobre una materia —en la que se entrelazan otras muchas—, las decisiones o consejos explican oscuramente las cosas e introducen no pocos errores por la variedad de opiniones que traen; otros incluyen grandes listas de doctores para aumentar la confusión... Es un mundo extensísimo, farragoso y complicado.²¹⁸ Montesquieu denominaba a

²¹⁷ DIDEROT, D. (1966). “Essai historique sur la Police de la France depuis son origine jusqu’à son extinction actuelle”. En *Memoires pour Catherine II*, edición por P. Vernière. París: Garnier, p. 2.

²¹⁸ PESET REIG, “Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII”, *op. cit.*, p. 287.

la compilación de Justiniano “El Indigesto”.²¹⁹ Verri escribía a propósito del derecho romano: “Este amasijo de leyes, monumento de una gran obra mal ejecutada, puede parangonarse a las ruinas de un gran e informe palacio”.²²⁰ Filangieri, siguiendo a Leibniz, aconsejaba que fuesen quemados todos los farragosos volúmenes de estos intérpretes.²²¹ En España se encuentra la misma postura en De Castro,²²²

²¹⁹ MONTESQUIEU, Ch. (1892). “Remarques sur certaines objections que m'a faites un homme qui m'a traduit mes Romains en Angleterre”. En *Mélanges inédits de Montesquieu*. Burdeos-París: J. Rouam & co., p. 205: “Il pourroit citer contre moi une infinité des loix du Code, de l'Indigeste”. ¿Factura de Montesquieu o de uno de sus secretarios? Según BARCKHAUSEN, M. (1990). *Montesquieu, considerations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur decadence*. París, p. VI, fue “un secretaire des plus ignorants, auquel Montesquieu a dicté les *Remarques*”.

²²⁰ VERRI, P. (1978) “Il café”, fol. XVI. En COMANDUCCI, P. (ed.). *Il iluminismo giuridico. Antología di scritti giuridici a cura di P. Comanducci*. Bolonia: Il Mulino, p. 121, donde añade: “Comenzaron primero Irneiro, después Acursio, Bártolo y Baldo y tantos célebres ignorantes a inundar Italia con gruesos volúmenes y, rodeados de libros de jurisprudencia, nos quedamos sin leyes”. Y concluye: “Se il codice é chiaro, i commenti sono inutili o sono un abuso; s'egli é oscuro, i commenti sono tutt'al piú un rimedio parziale; conviene rifonderlo, o abolirlo”.

²²¹ FILANGERI, G. (1826-1827). “Riflessioni politiche sull'ultima legge del nostro Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia”. En *La scienza della legislazione e degli opuscula scelti*, V. Livorno: Stamperia Delle Province Unite, p. 350 ss., donde además apunta: “Los males que nacieron de esta fatal libertad (de refiera al *ius respondendi*) duraron hasta tiempos de Justiniano, quien finalmente se instruido por la experiencia, quiso que a nadie le fuese lícito comentar el nuevo *Corpus Iuris* promulgado por él. Pero el fanatismo de los comentadores se desarrolló con mucha más fuerza después de la prohibición. Italia, Francia, España y particularmente Alemania, vieron nacer tantos comentadores”; (...) “quali nell'illustrazione delle leggi romane inventarono tante limitazioni, eccezioni ed amplificazioni, che diedero á magistrati il mezzo d'eludere il vero senso di queste leggi”.

²²² DE CASTRO, *Discursos, op. cit.*, I, p. 201 ss.: “El trabajo de nuestros intérpretes es inmenso. Entrando cualquiera en casa de un abogado que, o sea verdaderamente exacto en su empleo, o solo tenga el gusto de hacer de ella ostentación, viendo las paredes de su estudio

Sarmiento²²³ y Medina y Flores.²²⁴

Uno de los motivos de la profunda aversión hacia el derecho romano

cubiertas de libros, se confirmará en esta verdad, y mucho más si se reserva la reflexión de que allí falta la mayor parte de estos escritos (...). Esta multitud crece con los siglos, cada año produce nuevos intérpretes y nuevos escritores (...). No solo los escritores españoles ocupan nuestras bibliotecas jurídicas, sino que también en ellas los autores extranjeros tienen un muy distinguido lugar y con ellos enriquecemos nuestra jurisprudencia. Con la ocasión de que nos exponen el derecho romano y canónico, los leemos, citamos, y de ellos nos valemos para patrocinar nuestras causas en asuntos diferentes, sin advertir la confusión en que nos envuelven y los engaños que en su lectura recibimos."

²²³ SARMIENTO, M. (2008). *Obra de los 660 pliegos*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, fol. 249 r. Las leyes deben ser "puras, sin pegotes, ni comentarios, ni fárragos". Y añade en fol. 278 r.: "Los principios no pueden ser mejores para que en España reciba la literatura. Pero jamás cree que florezca subsistiendo el embarazoso espantajo de verse inundada España de Idiotas Abogados de la Legua, que siendo a todo tirar unos meros textuarios de comentadores quieren meterse en todo lo que no entienden. En una villa de Galicia había en un año 11 abogados; y hoy hay 8 boticas y oí que en Monforte había 21 escribanos. ¿Qué literatura se podría introducir a vista de tantos Enemigos de la Hacienda, y de la Bolsa y de la Vida? No, no es eso lo peor, sino que han usurpado el oficio de oráculos en todas materias y Ciencias y Artes. Todos deben sujetarse a las Leyes de Dios, del Papa y del Rey; pero ninguno a los caprichos de legistas, que echan a pares o nones esas leyes, por aferrarse y aforrarse únicamente con sus comentadores de derecho romano".

²²⁴ CANELLA SECADES, F. (1878). "Miguel de Medina y Flores. Representación para promover el estudio de el derecho español y facilitar su observancia." En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 52, p. 353 ss.: "Pero por el siglo décimocuarto introducido en la jurisprudencia el método escolástico, se hicieron sus profesores linceos para las disputas y topos para las resoluciones, quedaron más sutiles, pero menos sólidos; abriáanse ya los Digestos y se escudriñaban sus leyes, no para retener lo que disponen, si no es para ver en lo que se contradicen; desde entonces más se aprecia el hallazgo de una antinomia que el de cien verdades. Trocaron lo útil por lo deleitable y la doctrina por el lucimiento, y como estos abusos se hicieron naturaleza con el largo uso, quedaron tanto más perjudiciales cuanto más desconocidos".

en el siglo del iluminismo estriba en tildarlo de derecho extranjero y antinacional. Ello obedece al monopolio que venía gozando el derecho romano en la enseñanza universitaria, que durante centenios impidió la inclusión del derecho real en los planes de estudio. Escribe Medina y Flores:²²⁵

En las Universidades solo estudiamos las leyes del derecho civil de los romanos, porque de las nuestras, ni hay cátedras dotadas, ni maestros que las expliquen... las mismas disputas del derecho romano logran más atención y aplauso aquellos que más desvían de la pauta de nuestras leyes reales, y así de ordinarios ofrecen al palenque de los actos literarios materias de inútiles estipulaciones, condiciones imposibles y otras puramente teóricas, y las anteponen a las de compra y arrendamiento y a todas las demás que puedan dejarle algún jugo o utilidad práctica.

En verdad, la fuerza del derecho romano en el siglo XVIII es indudable. No solo en los recintos especulativos de la universidad, en donde su estudio se torna arqueología incluso, sino en la práctica más usual de nuestros tribunales. Se alega y se sentencia con él y con los autores, junto con el derecho real inmerso en el mar tan amplio y proceloso de la doctrina común. Ello parece indudable. “Lo peor —escribía Lanz de Casafonda—²²⁶ es que para sentenciar los pleitos recurren antes al Digesto que a las Leyes del Fuero Juzgo, Partidas, Estilo, Ordenamiento y Recopilación, no teniendo los más Ministros Colegiales todas estas colecciones, y muchas de ellas ni aún noticia, ni se cuidan de ello, mirándolas siempre con horror por haber sido un estudio en los colegios sobre los ápicos y sutilezas del derecho civil, con que toda su vida viven preocupados”. A mayor abundamiento, la ley patria es interpretada

²²⁵ *Ibidem*, p. 360.

²²⁶ LANZ DE CASAFONDA, M. y AGUILAR PIÑAL, F. (1972). *Diálogos de Chindulza*. Oviedo: Universidad de Oviedo, p. 126.

desde un marco de derecho común, como es el caso de las Partidas con la glosa de Gregorio López.²²⁷ Y es que se hace de todo punto imposible lograr el exilio del derecho de Roma.²²⁸ Constituye un ejemplo paradigmático al respecto un texto de Fernández de Mesa aparecido en Valencia en 1747 en el que se dice que “el derecho romano como tal no tiene fuerza entre nosotros, no el canónico sino es respecto de lo espiritual”. Más añade de inmediato en la segunda regla: “pero infinitamente debemos seguirle como a derecho en cuanto se conforma con

²²⁷ *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Magestad* (Salamanca, 1555). GOMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBAN, J. M. (1886) dicen a propósito de la observancia de los preceptos de la legislación alfonsina: “Más si el Fuero Real no había caído ante las exigencias de los nobles, no obstante su espíritu foral y su mayor conformidad con las costumbres de la época, mucho menos podía esperarse que prevaleciera desde luego una legislación desconocida hasta entonces, tomada del derecho romano y de las decretales y contrariada por las preocupaciones y los usos del país”. Cfr. *Elementos de derecho civil y penal*, I, Madrid, p. 127. Estas realidades evidentes de la España moderna ya estaban pacíficamente admitidas en el setecientos. “No todo lo que se halla en nuestras leyes de Partida puede llamarse práctica (...) el cuerpo de aquellas leyes fue como una traducción del derecho civil romano, y como en este notamos ahora muchas disposiciones anticuadas, abolidas e innovadas, es fuerza que sucede lo mismo en las Leyes de Partida que de él se copiaron”. Cfr. BERNI, *Instituta civil y real*, op. cit., p. IX.

²²⁸ El propio MONTESQUIEU (1993), no sospechoso en modo alguno de filorromanismo, escribe: “Aunque se considere, entre nosotros, que el derecho consuetudinario es opuesto en cierto modo al derecho romano, de manera que ambos derechos dividieron los territorios, es cierto, sin embargo, que muchas disposiciones del derecho romano penetraron en nuestras costumbres, sobre todo cuando se elaboraron nuevas relaciones, en tiempos no muy alejados de los nuestros, en que dicho derecho era conocido por todos los que se destinaban a empleos civiles; en tiempos en que no se hacía gala de ignorar lo que se debía saber, y saber lo que se debía ignorar”. Cfr. *Del espíritu de las leyes*. Trad. esp. M. Blázquez y Pedro de Vega. Barcelona: Altaya, p. 400.

el derecho natural y de gentes, o en cuanto está aprobado por nuestras leyes.²²⁹ Cuando en el mismo siglo XVIII, Berni presenta su edición de Partidas esta misma idea –más matizada– sigue gravitando sobre el más importante de nuestros códigos reales.²³⁰

Otra de las causas de la decadencia es la falta de una cultura adecuada y el abuso de los estudios teológicos y literarios, poco útiles, en vez de los de medicina, la física, las matemáticas, etc. en los planes educativos de las universidades. Ante este panorama un tanto caótico y de estancamiento, los ilustrados experimentaron el deber de propagar una didáctica de lo práctico para el bien común. De ahí que se imponga la necesidad de reformar la enseñanza en todos sus ámbitos. Puesto que la educación-instrucción estaba destinada a favorecer el progreso y el bienestar social, no solo debía expandirse al mayor número de ciudadanos posibles, a todos ellos si fuera factible, sino que también debía modificar sus contenidos. Tenía que proporcionarse una instrucción práctica. Hay una renovación pedagógica en un período de lucha decisiva entre la inercia y el cambio, entre la disquisición, la especulación y los conocimientos positivos. Y entendemos por positivos también los que componen las ciencias sociales. Los aires de “cultura utilitaria” soplaron pues hacia el derecho romano, disciplina omnipresente hasta entonces en las facultades de jurisprudencia. Ya en los albores del XIX el famoso iushistoriador Martínez Marina escribía: “Quinientos años de experiencia nos han hecho ver claramente la imposibilidad de que los jóvenes educados en los principios del derecho romano y familiarizados con las doctrinas de sus glosadores e intérpretes lleguen a aficionarse y mirar con gusto y menos a comprender nuestra jurisprudencia, inconciliable muchas veces con aquellos principios. Luego es necesario desterrar

²²⁹ FERNANDEZ DE MESA, T. (1747). *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los Derechos Nacional y Romano en España*, I, Valencia, p. 160.

²³⁰ BERNI, *Instituta civil y real*, op. cit. en nt. 28, p. XXIII.

de los estudios generales hasta el nombre de Justiniano”.²³¹ Esta es la razón por la que Sarmiento llama “cátedras superfluas” a las de derecho romano, frente a las “cátedras necesarias para estudiar el derecho español, mucho más útil”.²³² Pero todas estas consideraciones críticas contrarias al derecho romano y favorables a la vigencia y estudio del derecho real de poco podían servir mientras en las universidades aquel continuase siendo el único derecho enseñado.²³³

²³¹ MARTÍNEZ MARINA, F. en TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 392.

²³² SARMIENTO, *Obra de los 660 pliegos*, op. cit., fol. 253, donde se pregunta: “Sería bueno que hubiese Cátedras de Virgilio y de Ovidio? ¿Porqué pues las ha de aver de Justiniano?;” añadiendo: “lo peor no es que se conserban esas *Cathedras Supérfluas*; sino que han sido causa de que no se hayan fundado las *Cathedras Necesarias*, para enseñar y estudiar el Derecho Español. La fuente, origen y cabeza del Derecho Español es el *Fuero Juzgo*. Y si sobre él se hubiesen amontonado la décima parte de los *Comentarios* sobre las *Leyes Romanas*, no estaríamos tan ignorantes de la *Historia de España*. Las *Leyes del Fuerzo Juzgo*, y los *Concilios Toledanos*, tienen una íntima conexión”. La grafía es siempre la original.

²³³ Se hace eco de ello MEDINA Y FLORES cuando afirma: “Lo segundo que se opondrá es lo mucho que aprovecha la lección de las leyes romanas, y según lo propuesto, parece que quiero desterrar su estudio; pero esta instancia tendría más de suposición que de verdad. No condeno yo el estudio del derecho romano, pues antes por muchos respetos lo confieso útil; solo suplico que se truequen las suertes, *no se dediquen a él todas nuestras fuerzas* [subrayado en el original] obsérvense las más para nuestras leyes reales, puesto que son nuestro principal instituto; léase como hasta aquí, en las universidades, el derecho romano, pero en los cuatro años que median desde que se admiten al grado de bachilleres hasta que se reciben de Abogados e por qué no habrán de instruirse bien en nuestro derecho por medio de otras instituciones?” Cfr. *Representación para promover el estudio del derecho español y facilitar su observancia*, editada de nuevo por CANELLA SECADES (1978), “El derecho español en 1744”, en *RGLJ*, 52, p. 353 ss., op. cit., p. 490.

IV

Uno de los problemas fundamentales de la universidad ilustrada residía en la puesta en entredicho de la función desempeñada por el derecho romano, monopolizador –hasta entonces– de la teoría y la práctica jurídicas.²³⁴ Así las cosas, todos los proyectos de reforma ahora elaborados tienen un fundamento común: la exigencia de sustituir la “vieja jurisprudencia” basada en el derecho romano por un sistema nuevo construido por bases iusnaturalistas y nacionales.

Las críticas, a menudo en un tono de invectiva, echaban por tierra el mito de Justiniano, exaltado en el pasado como el soberano legislador por excelencia y tachado ahora de monarca despótico, incapaz, imbécil, autor de una compilación considerada un amasijo informe y contradictorio de normas frecuentemente injustas e irracionales. En esas circunstancias se consolidaba la convicción de la necesidad de sustituir la acumulación de fuentes sedimentadas a lo largo del tiempo por una normativa unitaria dictada por el poder soberano y que respondiera a criterios de racionalidad y justicia, según una concepción en la que confluyeran racionalismo y voluntarismo y en la que predominaba la conciencia típicamente ilustrada en el primado de la ley sobre la costumbre y la tradición. Este derecho, creación del pensamiento jurídico moderno y verdadera piedra de toque de la ilustración jurídica europea, había nacido en las universidades alemanas de la segunda mitad del siglo XVII como una creación doctrinal libre que propugnaba la creación de un sistema jurídico basado en los principios del derecho natural, los mismos que al faltar hacían del derecho romano una vaga sombra, una imagen sin vida, en expresión de Heinecio.²³⁵

²³⁴ Cfr., sobre el tema, RODRÍGUEZ ENNES, L. (1994). “El Derecho Romano y la Ilustración”. En *SCDR*, IV, p. 125-157.

²³⁵ Por lo que hace a nuestra doctrina, *vid.* MEREJA, P. (1943). “Escolástica e jusnaturalismo o problema da origem e o poder civil em Suárez e em Puffendorf”. En *Boletim da Faculdade*

Por otra parte, el derecho nacional, desde fines de la Edad Media, se hallaba relegado a un segundo plano en las universidades y tribunales del reino en beneficio del derecho común romano-canónico, aumentando su retracción la dificultad de su conocimiento, disperso como se hallaba en códigos y leyes de diferente época y autoridad.²³⁶ La introducción en las universidades del derecho real o español era ya una vieja aspiración del nacionalismo borbónico y de sus necesidades administrativas y políticas.²³⁷ Los viejos textos romanos se consideran, a la altura del absolutismo dieciochesco, como insuficientes para fortalecer el poder real; es más, son textos ajenos a la voluntad del soberano y en cuanto tales inadmisibles dentro de una concepción absolutista del poder. El viejo derecho romano que desde siglos antes había sido favorecido por los reyes, precisamente porque éstos lo consideraban conveniente para fortalecer una visión centralizada del poder político, ha sido superado por la realidad política. Hay, pues, en esta condena

de *Direito da Universidade de Coimbra*, 19, fasc. 3; BRUFAU PRATS, J. (1968). *La actitud metódica de S. Puffendorf y la configuración de la "Disciplina Iuris Naturalis"*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

²³⁶ En 1765 sale la primera edición de Juan Francisco De Castro, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, en la que condena el exceso en el derecho romano como uno de los enemigos capitales de la práctica: "Entre la inmensidad de leyes civiles y canónicas, entre el inexplicable número e inagotable fluición de buenos y malos libros nacionales o extranjeros, opiniones del mismo dictado y patria, escritas y no escritas costumbres, sumergida toda humana capacidad, le hace detestar una profesión en que nada hay apenas cierto y seguro, y en el que el que más alcanza solo llega, después de encontrarse en los últimos períodos de su vida, destruida su salud con tantas y tan penosas tareas, a poder más que otros por propia experiencia certificar esta verdad y asegurar lo inextricable de este laberinto" (f. I, p. III, cito por la segunda edición, Madrid, 1821).

²³⁷ RIAZA, E. (1929). "El Derecho romano y el Derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII" En *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 12, p. 105 ss.; PESET REIG, M. (1975). "Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII" En *AHDE*, 45, p. 273 ss.

contra el derecho romano una actitud política interesada,²³⁸ como lo demuestra el acuerdo del Consejo de 16 de diciembre de 1713, instando a las universidades a abrirle sus puertas al derecho real.²³⁹

Con todo, tal empeño reformador conocerá serias dificultades y colisionará con fuertes resistencias, entre las que sobresalen las provenientes del estamento docente. Será en definitiva el liberalismo el que, una vez más, realice cumplidamente el programa de la Ilustración descargando al derecho romano de su excesivo peso, sin que ello signifique en modo alguno privarle de su carácter de disciplina básica en la formación del jurista moderno. De este acervo común de ideas antirromanistas y promotoras del nacionalismo jurídico participa, como siempre con vehemencia, nuestro sabio benedictino. Su enemiga hacia el derecho romano ya se pone de manifiesto de una manera que incluso podríamos tildar de visceral, cuando se refiere a la más antigua y venerada de sus leyes, la Ley de las XII Tablas: “El año 302 de la Fundación de Roma, salieron de Roma diez varones a la Grecia, a vuscar leyes para los romanos. Volvieron con diez tablas y aviendo añadido dos tablas más; ese cuerpo de primitivas Leyes, se llamaron y llaman, las Leyes de las XII Tablas”.²⁴⁰

²³⁸ TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, op. cit., p. 385.

²³⁹ “Porque los catedráticos y profesores pasan la flor de la vida en el estudio del derecho civil de los romanos, mirando nuestras patrias leyes con desdén y aun con desprecio, incapacitándose así de salir de las universidades y colegios a regentar los empleos de jueces de las Chancillerías, Audiencias y Tribunales, donde precisamente deben sentenciar las leyes del Reino y con cierta noticia y conocimiento de ellos, y de ninguna manera por el derecho civil!” Cfr. “Acuerdo del Consejo de 16 de diciembre de 1713.” En TORREMOCHA, M. (1993). *La enseñanza entre el inmovilismo y las reformas ilustradas*. Valladolid: Universidad de Valladolid, p. 62.

²⁴⁰ SARMIENTO, M. (1758). *Elementos Etymológicos según el Método de Euclides para averiguar por I Analógica alteración de la Lengua Latina y en todos sus dialectos, el primitivo origen de muchísimas voces*, Colección Medina Sidonia, Museo de Pontevedra, ms. T II, fol. 701. Este manuscrito de Sarmiento ha sido publicado en facsímil por la Universidad de Vigo

En primer lugar, del fragmento sarmientano se colige que nuestro polígrafo conocía bien el relato tradicional de Tito Livio 3, 31, 8 respecto del envío de una Embajada a Atenas para tomar nota de la legislación de Solón y del derecho que rige en otras ciudades griegas.²⁴¹ La narración de la Embajada a Atenas, igual que el supuesto calco de las leyes solónicas, ha sido “*la plus suspect de tous les épisodes de l’histoire officielle du decenvirat législatif*” según Lambert.²⁴² Y no es que sean imposibles los contactos entre Grecia y Roma en esa época, a juzgar por la abundancia de cerámica helena que encuentran los arqueólogos en Roma para esas fechas.²⁴³ No es suficiente razón el silencio de otros historiadores, como

(1997). Con anterioridad vio la letra impresa en el *Boletín de la Real Academia Española* XVIII (1981), p. 122-123. Existe otra edición posterior, concretamente de 1998, a cargo de J. L. PENSADO, auspiciada por la Fundación Pedro Barrié de la Maza.

²⁴¹ LIVIO, 3, 31, 8: *Missi legati Athenas... iussique inclitas leges Solonis describere et aliarum Graecarum civitatum instituta, mores iuraque noscere*. Según DIONISIO DE HALICARNASO 10, 51, 5 para informarse del derecho de las ciudades de la Magna Grecia y de Atenas. Pomponio en D. 1, 2, 2, 4 dice: *Placuit publica auctoritate decem constitui viros per quos peterentur leges a Graecis civitatibus...* Hay fuentes que se conforman con reseñar las influencias del Derecho griego en la Ley, sin detallar respecto a la Embajada. Así TÁCITO, *Annales* 3, 27 y PLINIO EL JOVEN, *Epistulae* 8, 24, 4.

²⁴² LAMBERT, E. (1902). “La question de l’authenticité des XII Tables et les Annales Maximi” En *Nouveau Revue Historique*, 26, p. 147. Sobre esta cuestión, *vid.*, también, del mismo autor: “L’histoire traditionnelle des XII Tables et les criteres d’inauthenticité” En *Mélanges Appleton*, I, Lyon, 1903, p. 126 ss. Ha llegado a afirmarse que si los embajadores romanos hubiesen visitado literalmente Atenas en 454 a. C., Pericles les habría dado algo más actual que las leyes de Solón, ya desfasadas por aquel entonces. Cfr. MOMIGLIANO, A. (1967). “Osservazioni sulla distinzione fra patrici e plebei” En *Les origines de la république romaine, Entretiens*, 13, p. 357; en general, ver CRIFFÓ, G. (1972). “La legge delle XII Tavole: osservazioni e problemi” En *ANR*, I, 2, p. 124-127.

²⁴³ LEWIS, G. (1855). *An inquiry in the credibility of early Roman history*. Londres: J. W. Parker; PAIS, E. (1909). “L’età della redazione e della pubblicazione delle leggi delle XII Tavole” En *Studi Storici per l’antichità classica*, vol. II, 1; GJERSTAD, E. (1966). *Early Rome*, IV. Lund: C. W. K. Gleerup.

Polibio, quien en 6, 25, 11, afirma que la primera embajada romana a Grecia fue la del año 228, después de la guerra de Iliria. En cuanto al silencio de los historiadores griegos del siglo V, no tiene por qué extrañar, cuando están tan poco preocupados de las cosas de Roma. El problema es que resulta tan inverosímil una embajada de parte de un estado verdaderamente minúsculo, como un aprendizaje tan rápido de una legislación foránea. Además bastaba con el conocimiento del derecho que se aplicaba en las ciudades de la Magna Grecia ubicadas, como es sabido, al sur de la península itálica. Los mismos historiadores de la Antigüedad clásica fueron conscientes de la escasa fiabilidad de las informaciones proporcionadas por la tradición sobre los primeros tiempos. Livio se excusaba por la escasez de datos que daba para los primeros siglos de la historia de Roma aduciendo que toda la información se había perdido en el incendio de la ciudad por los galos en el 387 a. C.²⁴⁴

A mi juicio, posiblemente se trata de una invención que invoca el prestigio de lo arcaico por un lado y de las artes griegas por otro. Todos los legisladores han buscado apoyaturas en legislaciones más antiguas: Licurgo en los cretenses,²⁴⁵ Solón en Epiménides de Faistos.²⁴⁶ Tanto Solón como Atenas constituyen prototipos en el terreno de la legislación para los literatos latinos; los romanos son propensos a reconocer su deuda cultural con Grecia. De este sentir tradicional participa también el propio Sarmiento, no solo en el texto comentado, sino también cuando en el mismo fragmento observa: “El legista que no tiene presentes esas Leyes Romanas; y Athenienses no merece el título de tal: pues los Romanos han sido unos Monos de los Griegos, en todo, en la Lengua, en las Leyes y Ciencias”. Por lo demás, esta hipervaloración de

²⁴⁴ RASCÓN GARCÍA, C. y GONZÁLEZ, J. M. (eds.) (1993). *Ley de las XII Tablas*. Madrid: Tecnos, p. XV.

²⁴⁵ PLUTARCO, *Licurgo*, 4, 1-4.

²⁴⁶ *Ibidem*, *Solón*, 12, 8.

lo helénico como modo de justificar la ausencia de originalidad de la cultura latina, se mantiene todavía en pleno siglo XIX por Hegel.²⁴⁷ Es la admiración por Grecia, insisto, probable ingrediente del conjunto que lleva a Sarmiento y al iusfilósofo alemán a la infravaloración general de Roma, de la que las críticas a su derecho recién mencionadas son una buena muestra.

La segunda cuestión relativa a la ley decenviral que preocupa a nuestro monje es la contemporaneidad del latín empleado en las reconstrucciones hipotéticas del texto normativo:

Tampoco el Latín de las 60 leyes de las XII Tablas (...) es el Latín coetáneo, sino muy posterior (...) Al Período o Época de las XII Tablas, pertenece la inscripción de la Columna Rostrata de Cayo Duilio que está hoy, en el Capitolio y que se escribió el año 494 de la fundación de Roma. Y a la misma época pertenecen los fragmentos de la Ley Thoria, que están en la colección de las Leyes Agrarias, que sacó Wilhelmo Goesio. Son esos fragmentos del año 620, de la fundación de Roma, y se hallan en la página 329 del dicho Goesio (...) Al caso, el Latín de la Columna Rostrata: y el de la Ley Thoria, no se parece con el de las 18 Leyes de Rómulo, y de las 60 de las XII Tablas. Luego el Latín de estas no es coetáneo sino que se imitó muchos años después.²⁴⁸

A este respecto, cumple decir que es probable que los fragmentos conservados respondan al sentido de la Ley, y en parte también a su vocabulario, pero no tanto a su expresión fonética y gramatical primigenias. Tras la invasión de los galos del 380 a. C. en la que se destruyeron las tablas originales, la Ley dejó de ser conocida epigráficamente. Además, sus procedimientos y fórmulas legales se habían seguido utilizando

²⁴⁷ Sobre esto ver: ALONSO OLEA, M. (1999). "El antirromanismo y el hechizo griego de Hegel". En *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 29, p. 71 ss., en lo sucesivo ARAJL.

²⁴⁸ SARMIENTO, *Elementos Etymológicos*, op. cit., fols. 736-737.

en la redacción de nuevas leyes, en la práctica jurídica y en el recitado de las escuelas, por lo que se supone que se irían remozando gramaticalmente a la par que evolucionaba la lengua latina.²⁴⁹ En resumen, la Ley puede haberse visto modificada para su reutilización en la creación de nuevas leyes o para su aplicación en los tribunales, además de por añadiduras y modificaciones en la expresión.²⁵⁰ En este mismo sentido, puede que la jurisprudencia –tanto la del siglo IV y III como la del siglo II a. C.– hayan remozado, no creado, el texto. Ello lo demuestra el hecho de que Cicerón, en *De Legibus* 2, 23, dice: “...*lessum... Hoc veteres interpretes Sextus Aelius, non satis intelligere dixerunt, sed suspicari vestimenti aliquod genus funebris*”. El reconocimiento de la ignorancia pone de relieve un gran respeto por el tenor de la Ley, aquí de poca trascendencia. Pero cuando hubiera que decidirse por una u otra interpretación, es posible que se vieran obligados estos editores a dar una lectura y que incluso llegaran a sustituir las expresiones equívocas o la sintaxis por expresiones más inteligibles. Y, finalmente, la utilización de la ley decenviral en la escuela con finalidad didáctica: *discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium, quas iam nemo discit*,²⁵¹ y con propósitos filológicos o de anticuario, por más respetuosa que fuere con el texto, cabe que lo haya modificado, al menos fonéticamente. De hecho la lengua de la *Lex* está modernizada, por más que la historia y/o la leyenda sitúen su origen a mediados del siglo V a. C. Así que la lengua de la Ley de las XII Tablas, tal como se nos muestra en la reconstrucción de los filólogos modernos, convive remozada con

²⁴⁹ RUIZ CASTELLANOS, A. (ed.) (1992). *Ley de las XII Tablas*. Madrid: Ediciones Clásicas, p. 9.

²⁵⁰ Cuando la expresión resultara ambigua, cuando la lengua hubiera cambiado en la pronunciación, aun cuando generalmente tendiera a conservar la lengua de la ley primitiva (*Ibid.*).

²⁵¹ CICERÓN, *De Legibus*, 2, 23.

rasgos arcaicos, que se le han quedado incrustados y que delatan la antigüedad de la primitiva redacción.²⁵²

Este furibundo rechazo sarmientano del sistema y las instituciones del *Corpus Iuris*, entonces omnipresentes en la universidad y en el foro, no se detiene en la ley decenviral, sino que va mucho más allá al culpar a los juristas formados en Bolonia de la multiseccular marginación de las leyes patrias. Con su causticidad habitual, condena abiertamente la fundación del Colegio de Bolonia porque salen juristas que vuelven a España “no a ser maestros, sino a gozar de pingües beneficios” y añade:²⁵³ “¿No ay en España derecho divino, natural y patrio? Cómo, pues podrán faltar jurisperitos?”,²⁵⁴ concluyendo en otro lugar: “Los comentadores españoles de leyes extrañas pudieron haberlo excusado y se debían emplear en comentar nuestras leyes patrias, utilizando los materiales que ay en los Concilios, en las leyes antiguas y en los Fueros municipales”.²⁵⁵

²⁵² Por lo que respecta a los aspectos lingüísticos de la ley decenviral, ver: BONFANTE, G. (1962). “Diritto romano e diritto indoeuropeo”. En *Studi Betti*, II, Milán: Giuffè, p. 87-96; BRÉAL, M. (1902). “La langue des XII Tables”. En *Journal des Savants*, p. 599-608; DEVOTO, G. (1954). “I problemi del piú antico vocabulario giuridico”. En *Atti del congresso internazionale di diritto romano*, I, p. 17-35; ERNOUT, A. (1954). *Aspects du vocabulaire latin*. París: Klincksieck; FONTANAROSSA, J. (1955). “Introducción al latín de las XII Tablas”. En *Iuris*, 15-16, p. 1-21; GUILLÉN, J. (1967). “El latín de las XII Tablas”. En *Helmántica*, 18, p. 341-401; *Ibidem* (1968), *op. cit.*, 19, p. 43-111 y 193 ss.; *Ibidem* (1969), 20, p. 67-103; PAGLIARO, A. (1971). “Testo ed esegesi delle XII Tavole (1, 4). La crítica del testo”. En *Atti del secondo congresso internazionale della Società italiana di Storia del Diritto*, Florencia, p. 567-574; RADKE, G. (1970). “Sprachliche und historische Beobachtungen Zu den Leges XII Tabularum”. En *Festgabe Lübtow*. Berlín: Duncker & Humblot, p. 223-246.

²⁵³ SARMIENTO, *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos, op. cit.*, fol. 242.

²⁵⁴ *Ibidem*, fol. 255.

²⁵⁵ *Ibidem*, fol. 256. En fol. 247 afirma: “Así, dirán los émulos de España, que a lo menos lograron el que los españoles hayan abandonado sus leyes patrias; para que entre ellos reine la confusión, el chisme y la discordia con tantas leyes hermafroditas y extrañas. La que no avía,

En verdad la fuerza del derecho romano en el siglo XVIII es indudable. No solo en los recintos especulativos de la universidad, sino en la práctica más usual de nuestros tribunales. Se alega y se sentencia con él y con los autores, junto con el derecho real inmerso en el mar tan amplio y proceloso de la doctrina común. Ello parece indudable. “Lo peor –escribía Lainz de Casafonda–²⁵⁶ es que para sentenciar los pleitos recurren antes al Digesto que a las leyes del Fuero Juzgo, Partida, Estilo, Ordenamiento y Recopilación, no teniendo los más Ministros Colegiales todas estas colecciones, y muchos de ellos ni aún noticia, ni se cuidan de ello, mirándoles siempre con horror por haber sido su estudio en los colegios sobre los ápices y sutilezas del derecho civil, con que toda su vida viven preocupados”.

Sarmiento, en esta misma línea, reivindica como fuente hispana por excelencia al Fuero Juzgo, pero lamentándose al propio tiempo de que su prístina originalidad quede obnubilada por un farrago de comentarios de progenie romanista.²⁵⁷ Y es que no se puede negar que la misma interpretación de nuestros textos se vicia de romanismo, al ser considerados como nuevas traducciones y adaptaciones. Acertadamente apunta

cuando sólo se juzgaba por las solas leyes españolas, por mas de mil años, asta que vino la peste de comentadores. Dirán que estos ilustran nuestras leyes patrias, con las preciosidades de Bártolo y de Baldo. ¿Y porqué no se ilustran nuestras leyes, con otras leyes nuestras? ¿Con hechos históricos nuestros? ¿Con erudición española? ¿Con señalar el origen, motivo y causa que ocasionó nuestra ley? ¿Y con una metódica análisis de toda ella? Mas tiene que comentar una ley nuestra que una ley romana o imperial. Sobre estas leyes extrañas, ay millones de volúmenes corpulentísimos. Y la mayor chusma es de autores alemanes y los más clásicos son herejetazos, porque las miran como leyes”

²⁵⁶ LAINZ DE CASAFONDA, M. (1972). *Diálogos de Chindulza*. Oviedo: Aguilar Piñal, p. 126.

²⁵⁷ SARMIENTO, *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos, op. cit.*, fol. 253: “La fuente, origen y cabeza del Derecho español es el *Fuero Juzgo*. Y si sobre él se hubiesen amontonado la décima parte de los Comentarios sobre las *Leyes Romanas*, no estaríamos tan ignorantes en la Historia de España”

nuestro benedictino:²⁵⁸ “Pero de las leyes españolas, aunque hay bastantes comentadores, nada de erudición española se saca de ellos; sino una pelmosa y fastidiosa trasposición de autores lombardos, franceses y alemanes que no sabrán palabra de las cosas en España”. Con todo, el constante recurso a las opiniones de los comentaristas medievales se justifica plenamente si tenemos en cuenta que el Fuero Juzgo es simplemente la versión en la lengua romance castellana del *Liber Iudiciorum* de Chindasvinto,²⁵⁹ verdadero monumento jurídico del derecho romano-vulgar,²⁶⁰ y otro tanto acaece con las Partidas que, por ello, solo pueden ser interpretadas desde un marco de derecho común.²⁶¹ Como ha

²⁵⁸ *Ibidem*, fol. 248.

²⁵⁹ Baste para ello con traer a colación lo que la propia Real Academia Española señala en el prólogo a la edición del Fuero Juzgo de 1815: “No podía (La Real Academia) menos de fixar su atención en la antigua traducción castellana, mandada hacer por el rey San Fernando del código legal que gobernaba desde el tiempo de los visigodos: monumento de los más calificados de nuestro idioma”.

²⁶⁰ Ver al respecto: KING, P. (1980). “King Chindasvind and the first territorial Law-code of the Visigothic Kingdom”. En *Visigothic Spain. New approaches*. Oxford: Oxford University Press, p. 131-157; OTERO VARELA, A. (1959). “El Códice López Ferreiro del *Liber Iudiciorum*”. En *AHDE*, 29, p. 559-573; ZEUMER, K. (1944). *Historia de la legislación visigoda*. Barcelona: Universidad de Barcelona. El contemporáneo de Sarmiento e ilustre penalista Manuel de Lardizábal no abriga dudas respecto del claro componente romano del Fuero Juzgo: “Émulos de los romanos en esto como en otras muchas cosas, los visigodos dividieron su código legal a imitación de Justiniano en doce libros, y éstos en sus títulos y leyes correspondientes; y no contentos con haber tomado el orden y método de los romanos adoptaron también muchas leyes de ellos en su legislación”. Cfr. “Introducción”, a la edición citada en nota precedente.

²⁶¹ GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN justifican la inobservancia de los preceptos de la legislación alfonsina en que se trataba de “una legislación desconocida hasta entonces, tomada del derecho romano y de las decretales y contrariada por las preocupaciones y los usos del país” Cfr. *Elementos de Derecho civil y penal, op. cit.*, p. 127. Estas realidades evidentes de la España moderna ya estaban pacíficamente admitidas en el setecientos: “El cuerpo de

señalado Tomás y Valiente,²⁶² ya en su día hizo Martínez Marina dos afirmaciones que podemos considerar como verdades incuestionables e indiscutibles: las Partidas están escritas con majestad y elegancia, con lenguaje puro y castizo, “pero ese lenguaje es derecho común (canónico, romano y feudal) y no derecho de Castilla, aunque puedan encontrarse en éste algunas adiciones o huellas. Puesto que su contenido es casi exclusivamente el derecho común bajo medieval, es lógico que las principales fuentes de éste fuesen fuentes directas de las Partidas”.

Cuestión plenamente distinta –en la que sí convenimos con Sarmiento– es la necesidad de denunciar los excesos interpretativos a los que había conducido la inflación comentarista y que, en realidad, fueron los causantes de que el antiromanismo se erigiese como una de las banderas programáticas de la Ilustración. Las críticas al derecho romano se entrecruzan con otras relativas a la “imperfección” del sistema romanístico –sobre todo en su aspecto justiniano– calificado de demasiado oscuro, lagunoso, en muchos aspectos contradictorio, cuando no indescifrable o antiguo, frente a la imagen clara, racional, perfecta, completa de un ordenamiento jurídico fundado sobre principios elaborados por juristas, humanistas, racionalistas, iusnaturalistas. Ya en los siglos XVI y XVII se pasa a definir una normativa perfecta partiendo de las coordenadas de sencillez, claridad y asequibilidad.²⁶³

las Leyes de Partida fue como una traducción del derecho civil romano y como éste notamos ahora muchas disposiciones anticuadas, abolidas e innovadas, es fuerza que sucede lo mismo en las Leyes de Partida que de él se copiaron”. Cfr. BERNI, *Instituta civil y real, op. cit.*, p. x.

²⁶² TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español, op. cit.*, p. 240.

²⁶³ MORO, describiendo a su país imaginario escribía: “Tienen muy pocas leyes pero, para un pueblo tan bien organizado son suficientes muy pocas (...). Por lo demás, todos allí son expertos en leyes, pues, como dije más arriba las leyes son escasas y, además, cuanto más sencilla y llana es su interpretación más justa se la considera.” Cfr. *Utopía, op. cit.*, p. 167-168. Las palabras de CAMPANELLA, T. (1976) son casi idénticas: “Las Leyes de la ciudad del Sol son pocas, breves, claras y están escritas en una tabla de bronce, colgada de los huecos del

Un siglo después, Diderot en su *Encyclopédie*²⁶⁴ formuló esta exigencia, reiterada en su tiempo por Montesquieu²⁶⁵ y nuestro Sarmiento que define a la ley “conforme a Régla, norma justa y *equi*, breve, concisa, clara, en idioma vulgar, útil, necesaria, que induzca y obligue *in bonum*, que retraiga del mal moral; constante, perpetua e inalterable”.²⁶⁶ El pensamiento de estos autores –que podemos considerar arquetípico de la época– revela una profunda desconfianza hacia el juez formado en las sutilezas romanísticas y un evidente deseo de prescindir de él.²⁶⁷

templo, es decir, entre las columnas”. Cfr. VV. AA. Moro, Campanella y Bacon. *Utopías del Renacimiento*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 185.

²⁶⁴ *Encyclopédie, Ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, para une Société de gens de lettres. Mis en ordre et publié par M. Diderot*, París, 1751, s. v. “loi”: “La Ley en general es la razón humana en tanto gobierna a todos los pueblos de la tierra; las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares en que se aplica esta razón humana (...) Puede haber leyes excelentes, perniciosas e inútiles. Toda ley buena debe ser justa, fácil de ejecutar. Toda ley equívoca es injusta, porque castiga sin prevenir. Toda ley que no es clara, nítida, precisa es perniciosa. Las leyes pueden cambiar, pero su estilo debe ser siempre el mismo, es decir, simple, preciso, destacando siempre la antigüedad de su origen como un texto sagrado e inalterable”. Sobre esta locución, ver: DIDEROT, D. y DALEMBERT, J. (1992). *Artículos políticos de la Enciclopedia*. Edición de Ramón Soriano y Antonio Porras. Madrid: Tecnos, p. 106 ss.

²⁶⁵ MONTESQUIEU escribe: “Les Lois no doivent point être subtiles: elles son faites pour des gens de médiocre entendement; elles ne sont pas un art de loigique, mais la raison simple d’un père de famille”. Cit. por GENY, F. (1904). “La technique législative dans la codification civile moderne”. En *Libre du Centenaire*, II, París, p. 1006.

²⁶⁶ SARMIENTO, *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos, op. cit.*, fol. 288.

²⁶⁷ El propio SARMIENTO apunta: “Los Castellanos antiguos tenían pocas leyes; y todos eran interesados en que se observasen; y así no tenían tanta *Infinidad de Hombres de Pluma*, ni había tantos *Pleytos*” (*Ibid*, fol. 272). También hace profesión de fe del pensamiento ciceroniano de que *simplicitas legum amica*: un letrado no tiene que servir para la inteligencia de la ley “pues si como es ley y justicia, que esa ley está en vulgar, clarísima, y que pueden entender todos, qualquiera la

Era necesario crear un nuevo sistema jurídico perfecto. Este sistema ideal debería suprimir toda antinomia y toda controversia mientras que, por el contrario, el derecho romano, y sobre todo las fuentes justinianeas y el *usus modernus pandectarum*, dejaban el campo libre a las opiniones contradictorias y a las concepciones divergentes. De ahí la persistente solicitud, por los más conspicuos ilustrados, de la codificación ya que, como apunta Alonso Pérez,²⁶⁸ “codificar es llegar a un grado de madurez en la ordenación del Derecho, que presupone siglos de variedad legislativa, desorden en la aplicación de las normas, fuertes corrientes filosóficas subyacentes, servicio a una ideología política muy definida y pugna doctrinal, en algunos momentos de gran dureza”. Empero, llegados a este punto, Sarmiento se muestra mucho más conservador que sus coéteanos ilustrados y propugna por la ya periclitada técnica compilatoria como remedio a la confusión normativa.²⁶⁹ Como

entenderá: esto se palpa en los *Bandos*, cuyo contexto después de pregonado, se fixa en las esquinas. Y sería necesidad consultar abogados para entenderle. Y que son *leyes*, sino *unos Bandos de larga duración*” (*Ibid.*, fol. 266). Los subrayados del texto son del autor. Para PILAR ALLEGUE: “El é o defensor do que “se ve y se palpa con los dedos”. A legalidade ven dada polas leis patrias, escritas en idioma vulgar, castelán para que poidan ser entendidas por todos. As leis civis deben ser respetuosas coa seguridade das persoas, co seu dereito á propiedade, coa igualdade de todos diante da Lei e debe permiti-la participación de todos na súa aplicación. A lexitimidade ven dada polas Leis Divins e o Dereito Natural”. Cfr. *A Filosofía ilustrada*, op. cit., p. 195.

²⁶⁸ ALONSO PÉREZ, M. (1990). “Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889”. En *Centenario del Código civil*, I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, p. 17.

²⁶⁹ Para SARMIENTO, el sistema normativo debe ser una “Colección de Leyes Patrias que debe comenzar por el Fuero Juzgo y continuar hasta las leyes de la Recopilación, novísima, que actualmente dicen se está formando en Madrid” (*Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos*, fol. 242); FILGUEIRA VALVERDE, J. (1996). “Sarmiento e Galicia. Discurso inaugural”. En *Actas do Congreso Internacional o Padre Sarmiento e o seu tempo*, I. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, p. 28.

es sabido, las Recopilaciones están muy lejos de lograr un cuerpo legal con carácter de verdadero código. Se agrupan leyes sin orden, ni sistema, sin especialización de materias; falta un sentido íntimo de validez jurídica estable. La Novísima Recopilación –a la que alude Sarmiento–, pese a promulgarse en los comienzos del gran siglo codificador, no estuvo a la altura de su tiempo, reiterando el tradicional sistema recopilador cuando ya se había publicado en Francia, con arreglo a modernos principios, el Código Civil napoleónico. No extraña, por tanto, que Martínez Marina la calificase de “vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas; edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables; hacinamiento de leyes antiguas y modernas”.²⁷⁰

Es curioso constatar cómo pese al decurso del tiempo –casi dos siglos– el antirromanismo ilustrado de Fray Martín Sarmiento perviva en un Ortega y Gasset anclado en los mismos prejuicios que nuestro sabio benedictino. Así las cosas, Ortega, siguiendo a Wickhoff, contrapone la cosmovisión helénica al mero utilitarismo romano: “El arte griego que busca lo típico y esencial bajo las apariencias concretas, no puede afirmar su ideal conato frente a la voluntad de imitación ilusionista que halla desde tiempo inmemorial dominando a Roma”.²⁷¹ Es evidente que Ortega desprecia el componente romano de la clasicidad antigua, destacando únicamente el griego.²⁷² En 1906, ocho años antes de publicar sus *Meditaciones*, le escribía a Unamuno: “La cultura es primariamente un acto de bondad, por eso no hay cultura latina y si

²⁷⁰ MARTÍNEZ MARINA, F. (1820). *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*. Madrid: Imprenta de Fermín Villalpando.

²⁷¹ ORTEGA Y GASSET, J. (2004). “Meditación preliminar.” En *Obras Completas*, I. Madrid: Taurus, p. 778. En lo sucesivo, OC.

²⁷² Traigamos aquí nuevamente a colación el ya citado pasaje sarmientazo: “... pues los Romanos han sido unos monos de los griegos en todo, en la Lengua, en las Leyes y Ciencias”.

griega.²⁷³ Para Alfonso Castro,²⁷⁴ esta visión sesgada de la latinidad en el pensamiento orteguiano hunde sus raíces en el mundo intelectual de la modernidad alemana, lo que le lleva a escribir sin ambages que “los pensamientos nacidos en Grecia toman la vuelta de Germania”.²⁷⁵ Otra manifestación de lo arraigado de su antirromanismo queda patente en su carta IX a Unamuno, fechada en Marburg el 3 de enero de 1907: “¡Lo clásico, lo clásico! No hay otra cultura que la clásica, ayer Grecia, luego en Francia, hoy en Inglaterra y Alemania”.²⁷⁶

“Cada día que pasa afirma Grecia más enérgicamente su posición *hors ligne* en la historia del mundo, pues Grecia ha inventado los temas sustanciales de la cultura europea y la cultura europea es el protagonista de la historia mientras no exista otra superior”.²⁷⁷ Para Ortega, cultura esencial es solo la germánica, y entre las del pasado, la griega.²⁷⁸ “El pensamiento y la literatura romanos no son más que un pensamiento y una literatura históricos que fueron una vez y fenecieron sin que haya pretexto para que nos esforcemos en repetirlos”.²⁷⁹

²⁷³ ORTEGA Y GASSET, J. (1987). *Epistolario completo Ortega-Unamuno*. Madrid: L. Robles, p. 56. En lo sucesivo, *EC*.

²⁷⁴ CASTRO, A. (2005). “La idea de *romanitas* y de *ius romanum* en Ortega”. En VV. AA. *Meditaciones sobre Ortega y Gasset*. Madrid: Tebar, p. 344.

²⁷⁵ ORTEGA Y GASSET, “Meditación preliminar”. En *OC*, I, p. 776.

²⁷⁶ *Ibidem*, *EC*, p. 64.

²⁷⁷ *Ibidem*, “Meditación preliminar”. En *OC*, I, p. 774.

²⁷⁸ *Ibidem*, “El centro de las divinas irradiaciones”, en “Meditación preliminar”. En *OC*, I, p. 774.

²⁷⁹ *Ibidem*, “Problemas culturales. Sobre la enseñanza clásica”. En *OD*, I, p. 466-467, donde añade: “No me es posible escuchar con simpatía a los defensores de la enseñanza clásica, cuando al proponer que estudiemos griego y latín, ponen el acento en este último. El latín será un aprendizaje más o menos útil, pero no es un idioma clásico. La cultura latina no fue original según es sabido; fue meramente un reflejo de la cultura griega, y un reflejo mísero, incomprensivo, parcial. Solo el hecho de que las raíces de las palabras francesas, españolas e italianas sean más claras en su pureza latina que en nuestros idiomas barbarizados, puede

Su hiperhelenismo no se detiene siquiera ante el genio jurídico de Roma quizás debido —y en ello concuerdo netamente con Alfonso Castro—²⁸⁰ al deficiente conocimiento orteguiano de la tradición jurídica europea, lo que le lleva que a Roma “un Japón occidental [*sic*] solo le quedaba el derecho, la música ideadora de instituciones y ahora resulta que también el derecho lo había aprendido de Grecia”.²⁸¹ Para llegar a tan rotunda afirmación se basa en el tan manido pasaje de Tito Livio acerca de la embajada decenviral a la Atenas del siglo V. a. C. cuya ahistoricidad ya ha sido suficientemente comentada a propósito de las ideas de Fray Martín Sarmiento. Que un hombre de la talla intelectual de Ortega mantenga, siglo y medio después, una postura tan simplista de la visión titoliviana de la historia, no deja de asombrarnos y constituye una prueba palpable de la crasa ignorancia en temas jurídicos que destilan algunas de las páginas de insignes polígrafos. El antirromanismo orteguiano es puramente germánico y se retroalimenta del hiperhelenismo de Goethe o de Hegel.

Y ya a modo de conclusión acerca de esta multiseccular y un tanto arbitraria polémica grecolatina, quisiera regresar al terreno de las consideraciones generales que ocuparon no parco espacio del presente trabajo. Ahora que la moda exalta el supuesto heroísmo de Alejandro Magno, cuyo paseo militar apenas legó a la posteridad algo más que las imágenes de su propia gloria, conviene revisar la historia del imperio que, entre la diástole de su génesis y la sístole de sus fracturas, trazó

obligarnos a conceder al lenguaje del Lacio un valor superior que al chino o al árabe (...) Qué pretende hacer Francia sacando de su sepulcro a este cadáver [se refiere a la reforma francesa del bachillerato de 1911 que propugnaba la potenciación de la enseñanza del latín]. Virgilio puso en el infierno a Decenio porque se dedicaba a atar a un hombre muerto a la espalda de un hombre vivo. Una cosa semejante pretenden hacer los que ahora pregonan un renacimiento latino”

²⁸⁰ CASTRO, “La idea de *romanitas*”, *op. cit.*, p. 356.

²⁸¹ ORTEGA Y GASSET, “Meditación preliminar”. En *OC*, I, p. 774.

el primer esbozo del dibujo occidental que aún retocamos. Europa viaja hoy por carreteras que imitan el trazado de las vías y habla latín en su forma española, francesa, portuguesa, italiana o rumana. Más de la mitad de América ha importado este acervo lingüístico-cultural. Lo verdaderamente importante de ambos continentes no es que tengan restos romanos, es que *son restos romanos*. En palabras de Chesterton,²⁸² que muestran la magnificencia de su lenguaje y el sutil equilibrio de sus frases:

realmente no se trata de restos como de reliquias, pues siguen obrando milagros. Una hilera de álamos es más una reliquia romana que una hilera de columnas. Casi todo lo que llamamos obras de la Naturaleza no han hecho más que crecer como hongos sobre esa obra original del hombre; y nuestros bosques son como musgo en los huesos de un gigante. Debajo de las semillas de nuestras cosechas y de las raíces de nuestros árboles se encuentran unos cimientos inequívocamente romanos.

Bien dijo Savigny que en nuestra ciencia toda verdad arranca de un cierto número de principios fundamentales y éstos son los que constituyen verdaderamente la grandeza de los juristas romanos, de aquellos juristas que nunca abrigaron la pretensión de ser “originales” y “ocurrentes”. Los juristas romanos –como los romanistas auténticos de nuestro tiempo– rezuman *derecho*. Los prototipos, las bases arquitecturales, los principios fundamentales del derecho romano tienen todavía validez. Obviamente, no podemos decir lo mismo en punto al conjunto de las instituciones jurídicas de progenie helénica. Misión nuestra es la de explicar con trazo firme y vigoroso todo eso.

²⁸² CHESTERTON, G. (1929). *A Short History of England*. Londres: Chatto & Windus, p. 13.

La dignidad humana, los derechos humanos, la presunción de inocencia y el aforismo de Ulpiano (“*Satius enim esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare*”, Digesto 48, 19.5)²⁸³

Por Gabriela Marta Alonsopérez²⁸⁴

Resumen

El objetivo del trabajo es vincular la dignidad humana y los derechos humanos con la presunción de inocencia, destacando la pervivencia del

²⁸³ El presente trabajo es una ampliación de la ponencia presentada en el XXII Congreso Internacional y XXV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano “Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos”, realizado en 2021 en la Universidad Abierta Interamericana.

²⁸⁴ Profesora regular adjunta en la asignatura Instituciones de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires.

aforismo de Ulpiano y su importancia para asegurar la protección de la libertad personal como derecho humano fundamental.

El aforismo “*Satius enim esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare*” (que tampoco debía ser condenado alguien por sospechas, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente)²⁸⁵ se proyecta hasta la actualidad en la Constitución Nacional, el Código Procesal Penal Federal y en los tratados internacionales de jerarquía constitucional a los que se adhiere la República Argentina.

La dignidad humana es el fundamento indiscutible de los derechos humanos. El respeto de estos derechos adquiere gran relevancia en el proceso penal. La Constitución Nacional ha incluido este concepto en el “juicio previo” o “debido proceso” en virtud del cual, para que un sujeto pueda ser pasible de una condena o pena, es necesario que antes se desarrolle un trámite procesal denominado “juicio”, en el cual se deben cumplir ciertas etapas (acusación, defensa del acusado, prueba y sentencia).

La presunción de inocencia es reconocida en forma universal como derecho humano y a la vez es principio básico para la buena administración de justicia de manera particular para la justicia penal. Asimismo, este principio es clave para el buen funcionamiento de la sociedad democrática que lo incluye como pilar en los textos constitucionales e internacionales y en los fallos de las cortes internacionales.

La presunción de inocencia prohíbe todo acto de coerción que se extienda más allá de asegurar la investigación de los hechos y la ejecución de la pena.

En virtud del artículo 8 del Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, el acusado tiene el derecho

²⁸⁵ GARCIA DEL CORRAL, I. (1988). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto traducido al castellano del latino. Valencia: Jaime Molinas Editor; (1892). Valladolid: Editorial Lex Nova, p. 786.

de que mientras una sentencia no lo declare culpable o lo absuelva “se presume su inocencia”.

Palabras clave: aforismos; derechos humanos; derecho romano; dignidad humana; presunción de inocencia

Introducción

El derecho de presunción de inocencia asegura el respeto de la libertad personal del acusado hasta tanto se demuestre su culpabilidad o se lo absuelva. Este principio de seguridad jurídica marca la tradición humanista que encontramos en una expresión de Ulpiano en el *Corpus iuris civilis*, que expresa que “tampoco debía ser condenado alguien por sospechas; porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente”.²⁸⁶ Así, la posibilidad de condena de un inocente se presenta como un límite que impide sancionar a una persona sin demostrar fehacientemente, y luego de un debido proceso, su culpabilidad.

En nuestra Constitución Nacional esta idea se establece en el artículo 18 que menciona que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo”, refiriéndose a la necesidad de un juicio que respete las etapas del proceso y que demuestre la culpabilidad del acusado. Por tanto, durante el proceso hasta que se demuestre la culpabilidad o se lo absuelva, el imputado es inocente.

El artículo 3 del Código Procesal Penal Federal (2019) establece: “Nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta tanto una sentencia firme, dictada en base a pruebas legítimamente obtenidas desvirtúe el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona.

²⁸⁶ GARCIA DEL CORRAL, *op. cit.*, p. 786

El imputado no debe ser presentado como culpable. Los registros judiciales, legajos y comunicaciones no podrán contener inscripciones estigmatizantes o que desvirtúen el estado jurídico de inocencia.”²⁸⁷

La Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica (tratado de jerarquía constitucional en base al artículo 75, inciso 22, 2ª parte de la Constitución Nacional) dice en su artículo, 8 apartado 2: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

El objetivo de este trabajo es vincular la dignidad humana y los derechos humanos con el principio de presunción de inocencia, destacando la pervivencia del aforismo de Ulpiano, y su importancia para asegurar la protección de la libertad personal como derecho humano fundamental.

Para visualizar la importancia de la presunción de inocencia incluiré, además del análisis de la normativa, un caso en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina reconoce dicho principio en los fundamentos de la correspondiente sentencia en la causa “Rojas, Lucía Cecilia; Jara, Ricardo Omar; Vázquez, Cristina s/ homicidio agravado”. En dicho caso el tribunal máximo de la nación resuelve la situación procesal de las imputadas, cuya dignidad ha sido agraviada por un tribunal provincial al condenarlas sin pruebas fehacientes de ser las responsables de la comisión del delito de homicidio.

I. El derecho romano en el principado y los grandes juristas

El legado más importante que hicieron los romanos a la humanidad fue su sistema jurídico. El mismo fue el resultado de una evolución

²⁸⁷ Código Procesal Penal Federal (T.O. 2019), Ley 27.063 7/2/2019 vigente, de alcance general.

gradual que comenzó con la publicación de las Doce Tablas. Durante los años posteriores a la República, la Ley de las Doce Tablas fue prácticamente reemplazada por decisiones judiciales y nuevos principios. Estos emanaban de diferentes fuentes: de cambios en las costumbres, sentencia de los jueces, y en especial, de los edictos de los pretores. Según Edward Mc Nall Burns, los pretores “eran magistrados con autoridad para definir e interpretar la ley en un pleito particular y dar instrucciones al jurado para que decidiera el caso. El jurado solo decidía las cuestiones de hecho; el pretor sacaba las conclusiones legales y sus interpretaciones se convertían en precedentes para la decisión de los casos semejantes en el futuro”.²⁸⁸

Fue durante el principado cuando el derecho romano llegó a la etapa de mayor desarrollo. Eso se debió a que se amplió su jurisdicción hasta abarcar la vida y las propiedades de los extranjeros residentes en otros países tanto como la de los ciudadanos de Italia. Pero el principal motivo fue que Augusto y sus sucesores otorgaron a ciertos juristas eminentes el derecho a emitir opiniones o *responsas* sobre los aspectos legales de los juicios presentados en los tribunales.

Las *responsas* de estos juristas llegaron a constituir una ciencia y una filosofía del derecho y fueron aceptadas como bases de la jurisprudencia romana. El hecho de que las ideas de esos hombres fuesen aceptadas con tan buena voluntad por los príncipes constituye un ejemplo del respeto que sentían los romanos por la autoridad.²⁸⁹

El gran desarrollo del derecho se produjo en la época de los Severos y sus autores, sirios en su mayoría, adquirieron tanta reputación que fueron llamados a Roma por esa dinastía. Tres de ellos, Papiniano, Ulpiano y Paulo, fueron nombrados, en su oportunidad, prefectos del

²⁸⁸ MC NALL BURNS, E. (1964). *Civilizaciones de occidente, su historia y su cultura*. 8ª ed. Buenos Aires: Peuser, p. 250.

²⁸⁹ *Ibidem*, op. cit. p. 251.

pretorio. Los dos primeros sufrieron una muerte trágica a causa de su cargo. En sus obras se intentaba conciliar la ley y la equidad.²⁹⁰

II. Ulpiano y el aforismo “*Satius enim esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare*” (Fuente: Digesto 48, 19.5)

Como expresa el profesor Norberto Rinaldi, el derecho romano como “sistema jurídico elaborado por los romanos, recopilado por Justiniano, sistematizado y actualizado por las diversas escuelas romanistas posteriores, recepcionado por las codificaciones modernas y que sirve de común denominador jurídico y cultural para la mayoría de los pueblos de la tierra, lejos de ser cosa del pasado y objeto de estudio meramente histórico, está vivo aún y puede y debe ser utilizado en el futuro”.²⁹¹

Por su parte, José María Blanch Nogués señala que Ulpiano

es un jurista que pertenece a la época de los Severos, caracterizada por una total absorción personal de poder por parte de los emperadores que supone un cambio de frente a sus antecesores y el inicio de una nueva etapa en la historia del derecho romano que conducirá al dominado (...). Los intentos de penetración imperiales en el ámbito del derecho chocan, no obstante, con la tradición jurídica romana basada en la libertad de pensamiento y que se traduce en la libre crítica de las soluciones otorgadas a los casos o problemas dados, encarnada en la figura de los juristas (...).²⁹²

²⁹⁰ CROUZET, M. (dir), AYMARD, A. y AUBOYER, J. (1960). *Historia General de las Civilizaciones. Roma y su imperio*. Vol II. 2ª ed. Barcelona: Ediciones Destino, p. 637.

²⁹¹ RINALDI, N. (2014). *Lecciones Ampliadas del Derecho Romano*. Buenos Aires: Edictum, pp. 139-140

²⁹² BLANCH NOUGUES, J. M. (2012). “*Ius Publicum y Ius Privatum* en la experiencia del

En Roma los emperadores escuchaban la opinión de los jurisconsultos. “La historia asegura que Alejandro Severo no sancionó constitución alguna sin oír antes la opinión de veinte jurisconsultos”.²⁹³

Es importante señalar que el derecho alcanza su máximo esplendor en el momento político en que la solidez romana comienza a desmoronarse.

Las causas de la crisis del imperio son varias. Entre ellas, sobresalen las nuevas condiciones sociales y económicas que aparecen en el siglo II. Los gastos del Estado aumentaban y, como consecuencia, los impuestos también. El pueblo busca solucionar la situación apoyándose en los candidatos al trono pero en realidad es el ejército el que tiene el poder y sostiene a los emperadores.

Es poco lo que se conoce de la vida de Ulpiano. Se sabe que desarrolla su actividad jurídica y pública durante el reinado de los Severos, desde Septimio hasta Alejandro. Se desempeña como miembro del consejo de un pretor y posteriormente es asesor de Papiniano (alrededor del 205 al 212), en ese entonces prefecto del pretorio, ocupando él mismo tal cargo durante la época de Caracalla. Bajo el reinado de Heliogábalo

Derecho. Un ejemplo insólito en las distinciones de Bártolo expuestas a través de esquemas? En *Revista General de Derecho Romano*, 18, p. 10. Recuperado el 27 de mayo de 2021 de https://www.researchgate.net/profile/Carmen-Palomo-Pinel/publication/316668380_lus_publicum_y_ius_priuatum_en_la_experiencia_historica_del_derecho_Un_ejemplo_insolito_en_las_distinciones_de_Bartolo_expuestas_a_traves_de_esquemas/links/590b215e0f7e9b1d0826f137/lus-publicum-y-ius-priuatum-en-la-experiencia-historica-del-derecho-Un-ejemplo-insolito-en-las-distinciones-de-Bartolo-expuestas-a-traves-de-esquemas.pdf?origin=publication_detail

²⁹³ BARRADO VICENTE, R. (1860). *Importancia que tuvieron en Roma los jurisconsultos. Su influencia en el desarrollo del derecho. Discurso leído en la Universidad Central por el jurisconsulto D. Roque Barrado Vicente en el solemne acto de recibir la investidura de doctor en Derecho Civil y Canónico*. Madrid: Imprenta de D. Luis Palacios, p 11. Recuperado el 29 de mayo de 2021 de https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/46808/LEG_06_1_n0486.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

es desterrado, y vuelve en la época de Alejandro Severo que, como mencioné, se caracterizó por escuchar la opinión de los jurisconsultos. Es nombrado *magister libellorum*, forma parte del Consejo imperial, ocupa el cargo de *praefectus annonae*, alcanzando la dignidad de *praefectus praetorio*.

Ulpiano muere durante el gobierno de Alejandro Severo víctima de la Guardia Pretoriana, dado que los proyectos de reforma elaborados por él irritan a la tropa. En cuanto a sus escritos, son pocas sus opiniones personales pero se caracteriza por la claridad de exposición y por ser preciso en las argumentaciones.

Ulpiano, además de su actividad política, se dedica a la producción de obras de derecho y se destaca en la enseñanza.²⁹⁴

III. La dignidad humana

Según Víctor Manuel Martínez Bulle-Goyri, “el concepto de dignidad humana tiene su origen en la Antigüedad griega; sin embargo, se ha enriquecido en su significado y alcance a lo largo del desarrollo de la historia humana, pasando de ser un concepto vinculado a la posición social a expresar la autonomía y capacidad moral de las personas, constituyéndose en el fundamento indiscutible de los derechos humanos”.²⁹⁵

En Roma, la condición principal para adquirir la dignidad “es la acción política, la pertenencia al Senado, junto a la integridad moral. El

²⁹⁴ DE LA VEGA DE MIGUENS, N. P. (1970). *Reglas de Ulpiano*. Buenos Aires: Lerner, pp. 11-15.

²⁹⁵ MARTINEZ BULLE-GOYRI, V. M. (2013). “Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 46, N° 136. Ciudad de México, enero/abril de 2013. Recuperado el 20 de septiembre de 2021 de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000100002.

pertenecer a la nobleza romana, el tener entre los antepasados héroes troyanos, reyes o –como César– una diosa, confiere aún más brillo a esa dignidad”.²⁹⁶

Es importante señalar que

la unión indisoluble de esa *dignitas* de sello aristocrático con la *res publica* muestra que el derecho al poder que se manifiesta en aquel concepto, está limitado: hay, a lo menos en la idea, un equilibrio entre el derecho al poder de la persona y el de la comunidad. La dignidad del individuo encuentra su límite en la libertad del otro. Y, por otra parte, ese derecho de la persona no puede separarse del deber. La dignidad obliga, y cuanto más alto es su grado tanto mayor el deber.²⁹⁷

Con referencia al sistema penal en Roma, “estaba instituido considerando los grados de dignidad. Dice el jurisconsulto: ‘Pues ha de saberse que hay diferencias en las penas y que no todos pueden sufrir los mismos castigos’ (Dig. 48. 11, 1. 11, Ulpiano). Y esto corresponde en Cicerón a: ‘La igualdad misma es desigual cuando no conoce grados de dignidad’ (Rep. 1, 43). La *dignitas* está unida a la libertad, dignidad y esclavitud son irreconciliables”.²⁹⁸

La dignidad en Roma no se considera rígida, sino dinámica y flexible: “puede defenderse, aumentarse, rebajarse, perderse y restituirse”.²⁹⁹

La dignidad del hombre para los cristianos se fundamenta en su semejanza a Dios. En el Génesis, cap. 1, 26, se expresa: “Y dijo Dios: ‘Hagamos al ser humano a nuestra imagen y semejanza’”. Por tanto

²⁹⁶ CHUAQUI JAHIATT, B. (1991). “El concepto de dignidad en la antigua Roma y después. Estudio de Víctor Pöschel”. En *ARS MEDICA Revista de Ciencias Médicas*, Vol. 20, N° 2, Universidad Católica de Chile. Recuperado el 20 de septiembre de 2021 de <https://arsmedica.cl/index.php/MED/article/download/347/278>.

²⁹⁷ *Ibidem*, op. cit.

²⁹⁸ *Ibidem*, op. cit.

²⁹⁹ *Ibidem*, op. cit.

aparece definida en relación directa con Dios con independencia de la condición social y política del hombre, de su religión, nacionalidad o pertenencia a cualquier grupo. A esta idea se le suma, según Víctor Manuel Martínez Bulle-Goyri, que “la redención de todo el género humano por Cristo, el mismo Dios hecho hombre, y con esto la dignidad se une con el principio de igualdad, pues la creación y la redención alcanzan a todos”.³⁰⁰

El mismo autor agrega que con el cristianismo

comenzamos a encontrar ya algunos atributos de la dignidad que se conservarán hasta nuestros días, como el hecho de que la dignidad no se pierde, ni depende de las características personales, de la manera de conducirse en las relaciones sociales o de el aprecio que tengamos en la sociedad, sino que por su filiación divina los seres humanos son dignos, sea cual sea su condición social, y esa dignidad no se pierde o deteriora a lo largo de la vida, pues no depende del propio ser humano.³⁰¹

Con respecto al concepto de dignidad humana expuesto por Kant, Dorando Juan Michelini expresa:

Como es sabido, Kant distingue claramente entre ‘valor’ y ‘dignidad’. Concibe la ‘dignidad’ como un valor intrínseco de la persona moral, la cual no admite equivalentes. La dignidad no debe ser confundida con ninguna cosa, con ninguna mercancía, dado que no se trata de nada útil ni intercambiable o provechoso. Lo que puede ser reemplazado y sustituido no posee dignidad, sino precio. Cuando a una persona se le pone precio se la trata como a una mercancía.³⁰²

³⁰⁰ MARTINEZ BULLE-GOYRI, *op. cit.*

³⁰¹ *Ibidem, op. cit.*

³⁰² MICHELINI, D. J. (2010). “Dignidad humana en Kant y Habermas. Human dignity in Kant and Habermas”. En *Revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas*. INCIHUSA-CONICET. Mendoza, Vol. 12, Nº 1, Julio 2010, p. 42. <https://losapuntesdefilosofia.com/wp-content/uploads/2017/09/v12n1a03.pdf>

Y el autor agrega: “En consecuencia, la autonomía moral es el concepto central con que Kant caracteriza al ser humano y constituye el fundamento de la dignidad humana: ‘La autonomía, es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional’ (Kant, I. 1996, 49)”.³⁰³

También Michelini señala:

En síntesis, desde la perspectiva de la ética kantiana, puede sostenerse lo siguiente: por un lado, la dignidad humana es una cuestión fundamentalmente moral: radica en la autonomía. El fundamento de la dignidad humana no remite a la constitución ontológica o a la especificidad genética (esta posibilita solo la demarcación entre los seres que pertenecen y los que no pertenecen a la comunidad moral), sino a la autonomía como capacidad moral y autofinalidad. En consecuencia, todos los miembros de la especie humana poseen, por principio, la misma dignidad.³⁰⁴

Con la Revolución francesa la dignidad del hombre se hace fundamento de los derechos humanos. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en su artículo 1 expresa: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común”.³⁰⁵ El artículo 4 de la misma Declaración agrega: “La libertad consiste en hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tienen otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de

³⁰³ *Ibidem*, op. cit., p. 42.

³⁰⁴ *Ibidem*, op. cit., p. 44.

³⁰⁵ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Recuperado el 20 de agosto de 2021 de https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

estos mismos derechos. Tales límites solo pueden ser determinados por la ley”.³⁰⁶

La primera Constitución en la que se hace referencia a la dignidad humana es la irlandesa (1937), cuyo preámbulo enuncia: “(...) buscando promover el bien común, con la debida observancia de la Prudencia, la Justicia y la Caridad, a fin de garantizar la dignidad y la libertad del individuo, atender el verdadero orden social, restaurar la unidad de nuestro país y establecer la concordia con otras naciones”.³⁰⁷ En La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 en su artículo 1. 1 se menciona: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.³⁰⁸

A pesar de que sucesivas constituciones han reconocido la importancia de la dignidad humana como principio fundamental para el desarrollo del individuo, la misma se ve amenazada continuamente. El poder estatal tiene la obligación de protegerla. Según el autor Benedicto Chuaqui Jahiatt, “la dignidad del hombre en este sentido sigue amenazada, para preservarla la formulación legal es necesaria, pero no basta. Hay que hacer todo lo que está a nuestro alcance, ensayar todos los caminos, para enraizar la dignidad en el corazón de los hombres”.³⁰⁹

IV. ¿Qué es la presunción de inocencia?

La presunción de inocencia significa, “para decirlo de forma sintética,

³⁰⁶ *Ibidem*.

³⁰⁷ Constitución de Irlanda de 1937. Recuperado 27 de septiembre de 2021 de http://www.dpicuatico.com/constituciones/Irlanda_espanol.pdf

³⁰⁸ La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, p.16. Recuperado el 27 de septiembre de 2021 de <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

³⁰⁹ CHUAQUI JAHIATT, *op. cit.*

que toda persona debe tenerse por inocente hasta que exista sentencia firme de autoridad competente en la que se considere responsable de la comisión de un delito”.³¹⁰

Este principio está mencionado en el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Puesto que cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley”.³¹¹

Así en el siglo XVIII se transforma en uno de los postulados fundamentales de la reforma liberal frente al sistema represivo que imperaba en la época, y es en dicha declaración en la cual se sanciona en forma explícita. Según la lógica del sistema inquisitivo de la época el acusado no era considerado simple sospechoso, sino un culpable a quien le correspondía demostrar su inocencia.³¹² Esta idea se modificó con la Revolución francesa en virtud de la declaración mencionada.

Es importante destacar que antes de la Revolución francesa, y en pos de un cambio de postulados, en el siglo XVII Voltaire rechazó las prácticas de castigar sin oír al inculpado y sin prueba, planteó el juicio oral y público, el sistema de convicción del juez en la valoración de la prueba y la asistencia judicial.

Según Ferrajoli (citado por Humberto Nogueira Alcalá), Francesco

³¹⁰ CARBONELI SÁNCHEZ, M. (2020). “¿Qué es la presunción de inocencia?”. En *Revista Hechos y Derechos*, N° 56, Marzo-Abril 2020. Recuperado el 27 de mayo de 2021 de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/14587/15682>.

³¹¹ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Recuperado el 20 de agosto de 2021 de https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf.

³¹² JARA MULLER, J. J. (1999). “Principio de inocencia. El estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal”. En *Revista Estudios e Investigaciones. Revista de Derecho*, N° especial, Agosto 1999, pp. 41-58. Recuperado el 29 de mayo de 2021 de <http://revistas.uach.cl/html/revider/v10supl.Especial/body/art07.htm>.

Carrara elevó “el principio de inocencia a postulado esencial de la ciencia procesal y a presupuesto de todas las demás garantías del proceso”.³¹³

Al referirse a la presunción de inocencia plasmada en la Constitución argentina, Alejandro D. Carrió expresa: “Como otra derivación de la garantía de la defensa en juicio contenida en el artículo 18 de la Constitución, puede citarse el principio por el cual es la parte acusadora la que tiene a su cargo la demostración de la culpabilidad del imputado, y no éste la de su inocencia”.³¹⁴

El autor cita diferentes fallos entre los cuales podemos mencionar el caso “Silva Saldivar”, Fallos – CSJN 311:617, en el cual la Corte se pronunció sobre los alcances de esta garantía. El procesado había sido detenido por personal de la administración nacional de aduanas en un paso fronterizo, en posesión de cigarrillos de marihuana. Su defensa manifestó que la droga incautada era para consumo personal. Los jueces de la causa consideraron que se estaba ante una acción de tráfico de estupefacientes y que el procesado debía demostrar que era para consumo propio. El caso fue llevado a la Corte dado que se entendió que se establecía una inversión inadmisibles de la carga de la prueba.

La Corte hizo lugar al planteo del apelante y afirmó que

si se considera la introducción de estupefacientes una acción de tráfico, es el representante del ministerio fiscal a quien incumbe acreditar esa finalidad, sin que quepa transferir al acusado la carga de probar una distinta, máxime si se tiene en cuenta que, como en el caso ocurre, aquella no puede ser inferida razonablemente

³¹³ NOGUEIRA ALCALA, H. (2005). “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”. En *Revista Ius et Praxis*, Vol. 11, Nº 1, 2005, p. 225. Recuperado el 1 de junio de 2021 de <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/529/394>.

³¹⁴ CARRIÓ, A.D. (1994). *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 3ra. edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Hammurabi, p. 437. Recuperado el 1 de junio de 2021 de <https://pdfcoffee.com/qdownload/garantias-constitucionales-en-el-proceso-penal-alejandro-carriopdf-pdf-free.html>.

de la cantidad incautada ni de los dichos del procesado. En tales condiciones, esa exigencia del fallo es violatoria de la garantía de la defensa en juicio.³¹⁵

Dice Humberto Nogueira Alcalá:

La presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño a personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales además de el daño moral que eventualmente se les pueda producir.³¹⁶

Esta idea que asegura que se respete la libertad del imputado durante el proceso y que impone durante el juicio que el acusador demuestre la culpabilidad de la persona acusada se basa en la tradición humanista que establece Ulpiano al expresar “que tampoco debía ser condenado alguien por sospechas; porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Hernández vs. Argentina”, basándose en la Convención Americana de Derechos Humanos, expresó:

El artículo 8. 2, por su parte, contiene el principio de presunción de inocencia, según el cual una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada.

³¹⁵ CARRIÓ, *op. cit.*, p. 440.

³¹⁶ NOGUEIRA ALCALA, *op. cit.*, p. 223.

De esta garantía se desprende que los elementos que acreditan la existencia de los fines legítimos tampoco se presumen, sino que el juez debe fundar su decisión en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto, que corresponde acreditar al titular de la persecución penal y no al acusado, quien además debe tener la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción y estar debidamente asistido por un abogado. Además, la Corte ha sostenido que la gravedad del delito que se le imputa no es, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva.³¹⁷

Es interesante destacar que la Corte Interamericana en este mismo caso consideró

la detención preventiva como una medida cautelar y no punitiva, que debe aplicarse excepcionalmente al ser la más severa que se puede imponer al procesado de un delito que goza del principio de presunción de inocencia. A su vez, este Tribunal ha indicado en otros casos que la privación de libertad de un imputado o de una persona procesada por un delito no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena. En consecuencia, ha indicado que la regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.³¹⁸

Esto confirma la noción de que la prisión preventiva es una medida de prevención y no un adelantamiento de la pena, y con la misma no se puede afectar la presunción de inocencia.

El Tribunal “considera que únicamente deben ser considerados como finalidades legítimas, aquellas que están atadas directamente con el desarrollo eficaz del proceso, es decir, que estén vinculadas con el peligro

³¹⁷ CIDH, Caso Hernández vs. Argentina, Sentencia del 22 de noviembre de 2019, p. 38. Recuperado el 1 de junio de 2021 de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf.

³¹⁸ CIDH, *op. cit.*, p. 37.

de fuga del procesado, directamente establecido en el artículo 7. 5 de la Convención Americana, y aquella que busca evitar que el procesado impida el desarrollo del procedimiento”.³¹⁹

En particular en el caso referido

considera que aún cuando la prisión preventiva del señor Hernández cumplió con el requisito de legalidad, y que el Juez de la Causa verificó la existencia de indicios de responsabilidad en la comisión del delito que se le imputaba, la misma no perseguía un fin legítimo y constituyó un juicio anticipado sobre la responsabilidad penal del imputado. Consecuentemente, la medida cautelar constituyó una detención arbitraria y una violación a la presunción de inocencia.³²⁰

Por su parte, Germán Martínez Cisneros afirma: “El principio de presunción de inocencia (también denominado simplemente principio de inocencia) constituye una base de la sana convivencia social, fundamentada en la razón colectiva de cualquier pueblo”.³²¹ Y agrega el autor:

Entendido, pues, que hay principios sociales y la conveniencia de aquellos, podemos afirmar que la inocencia y la presunción de esta, es uno de esos principios de elevada jerarquía y por tanto su influencia cubre un espectro que va mas allá de lo jurídico, pues la razón de su existencia tiene relación directa con la dignidad humana, con el respeto a la persona en todos los ámbitos. La razón y el sentido común nos dicen que es mejor considerarnos, en principio, todos sujetos con un mínimo de adaptación social. Desde una perspectiva

³¹⁹ *Ibidem*, *op. cit.* pp. 38-39.

³²⁰ *Ibidem*, *op. cit.* pp. 38-39.

³²¹ MARTÍNEZ CISNEROS, G. (2008). “La presunción de inocencia. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos al Sistema Mexicano de Justicia Penal”. En *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 2008, p. 227. Recuperado el 29 de mayo de 2021 de <https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/viewFile/32234/29229>.

jusnaturalista diríamos que todos tenemos, entre otros derechos inherentes a la condición humana, el de lograr un mínimo de respeto a nuestra dignidad, y parte esencial de ese respeto es que se presuma nuestra inocencia; ello impide estimar perverso o antisocial a cualquiera sin bases que lo sustenten, lo cual tiene una importancia de especial trascendencia, porque al creer no inocente a un individuo, es decir, al pensar que es culpable (no importa de qué) siempre trae consecuencias nefastas contra ese sujeto. La culpa, en esencia, es un estigma que justifica la sanción y la marginación; con ella se concretiza la idea de separar lo bueno de lo malo.³²²

Según este autor, “el principio de inocencia no es un derecho más del mismo rango de otros derechos fundamentales insertos en la Constitución; es más importante, porque es presupuesto de esos derechos y garantías”.³²³

Me parece importante resaltar la postura mencionada por el autor dado que entiende que la inocencia es componente esencial de la dignidad humana y aptitud de la persona para vivir aceptablemente en sociedad.

V. La dignidad humana, los derechos humanos y la presunción de inocencia

La incorporación en forma plena de la dignidad humana al mundo del derecho se da con el inicio de la internacionalización de los derechos humanos a raíz de los sucesos de la Segunda Guerra Mundial. Como expresa Víctor Manuel Martínez Bulle-Goyri, “A partir de entonces los derechos humanos pasaron a convertirse en paradigma ético de las

³²² *Ibidem*, *op. cit.*, p.230.

³²³ *Ibidem*, *op. cit.*, p.231.

sociedades contemporáneas y el criterio de valoración del desarrollo moral de los estados”.³²⁴

La Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 expresa en su preámbulo: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”,³²⁵ señalando que los pilares de una sociedad armónica y justa tienen como base la dignidad humana.

Según Juan Dios Vial Correa y Ángel Rodríguez Guerro, la dignidad y los derechos

configuran una condición especial y única, propia de personas en las cuales se aúna la condición de sujetos con la apertura a una verdad que las trasciende. La Declaración supone la noción del hombre como ser responsable y sometido a exigencias morales objetivas que se pueden codificar. Aún más, suponen la universalidad de una ley que ha de regir a muchos pueblos, de historias, costumbres y culturas diferentes y que por lo tanto debe haber persistido a través de evoluciones culturales divergentes. El hecho de que conserve una vigencia universal manteniéndose válida para todos, sugiere un fuerte grado de inmutabilidad: los derechos humanos serían no solo universales sino también permanentes.³²⁶

Los derechos humanos en la actualidad son entendidos no solo como

³²⁴ MARTÍNEZ BULLE-GOYRI, *op. cit.*

³²⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Recuperado el 30 de septiembre de 2021 de https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf.

³²⁶ VIAL CORREA, J. D. y RODRIGUEZ GUERRO, A. (2009). “La dignidad de la persona humana. Desde la fecundación hasta su muerte. The dignity of the human being. From conception to death. A dignidade da pessoa humana. Desde a fecundação até a morte”. En *Acta Bioética*, Vol. 15, Nº 1, Santiago de Chile. Recuperado el 30 de septiembre de 2021 de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2009000100007&script=sci_arttext&tlng=n.

la expresión ética más acabada del derecho, sino también como expresión jurídica de la dignidad humana. Las normas jurídicas son justas cuando protegen, respetan y promueven los derechos humanos y las acciones de la autoridad son legítimas cuando respetan esos derechos.³²⁷
Según Guillermo Jorge Yacobucci,

la dignidad humana dentro de la vida social y política, reclama el ejercicio ordenado de la libertad a través del llamamiento primario de los valores y fines comunes, preservando en todo momento aquél espacio de “interioridad” y realización propia que es reclamado por la singularidad de cada hombre, con una vida y un fin que realizar existencialmente. Así de la existencia misma de la persona surgen determinados deberes y derechos que reciben la denominación de humanos, por su casi inmediata vinculación con las necesidades fundamentales para el desenvolvimiento de los hombres. Se trata, obviamente, de derechos que no son creados ni construidos propiamente por las instancias del poder político, sino antes bien, que deben ser reconocidos por éste como primer nivel de legitimación en la toma de decisiones.³²⁸

Los derechos humanos son inherentes a todos los seres humanos y se fundamentan en la dignidad de las personas. El poder político debe reconocerlos y asegurarlos mediante normas. Los estados deben abstenerse de establecer medidas que limiten el ejercicio de estos derechos y tomar los recaudos que sean necesarios para evitar situaciones arbitrarias que los vulneren.

Junto con el desarrollo de los derechos humanos va el de la dignidad,

³²⁷ MARTÍNEZ BULLE-GOYRI, *op. cit.*

³²⁸ YACOBUCCI, G. J. (2004). *Algunos aspectos del principio de dignidad humana en el derecho penal. Introducción*. SAIJ, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Argentina. Recuperado el 16 de octubre de 2021 de <http://www.saij.gob.ar/guillermo-jorge-yacobucci-algunos-aspectos-principio-dignidad-humana-derecho-penal-introduccion-dacf040066-2004/123456789-0abc-defg6600-40fcanirtcod>.

pues es precisamente en relación con la promoción y tutela de la dignidad humana en los ámbitos políticos y jurídicos que los derechos humanos tienen sentido.³²⁹

Como dice Víctor Manuel Martínez Bulle-Goyri, “Hoy entendemos a los derechos humanos no solo como expresión ética más acabada del derecho, sino como la expresión jurídica de la dignidad humana”.³³⁰

Por otro lado, la presunción de inocencia, como expresa Luis Gerardo Rodríguez Lozano, “tiene el reconocimiento universal como derecho humano fundamental y a la vez es un principio básico de primera importancia para la buena administración de justicia, de manera particular para la justicia penal”.³³¹ Agrega el autor:

Es importante señalar que la presunción de inocencia tiene una funcionalidad muy importante en la salvaguarda de los derechos humanos, pues implica que no se vulnere la esfera de derechos de la persona en tanto no esté plenamente demostrada la culpabilidad de la persona, sin soslayar que la presunción de inocencia opera mediante el estudio de las pruebas, mas no en ausencia de éstas; es muy común el señalamiento de que el juez actúa muchas veces en el procedimiento con base a presunciones, de esta forma se le transfiere la carga probatoria a quien acusa, y dicha carga debe contener una alta calidad probatoria, el cual debe expresarse mas allá de toda duda razonable para que exista en caso de culpa una alta y plena culpabilidad del acusado, para que en el caso de que su culpabilidad cuente con certeza no se vulnere derechos humanos en ningún sentido. La presunción de inocencia es garantía de que el juicio se realice con justicia y verdad.³³²

³²⁹ MARTINEZ BULLE-GOYRI, *op. cit.*

³³⁰ *Ibidem*, *op. cit.*

³³¹ RODRIGUEZ LOZANO, L. G. (2019). “La presunción de inocencia.” En *Revista jurídica Primera Instancia*, Vol. 6, N°12, Enero-Junio 2019, pp.205-206. Recuperado el 30 de septiembre de 2021 de <https://www.primerainstancia.com.mx/wp-content/uploads/2019/06/LA-PRESUNCI%C3%93N-DE-INOCENCIA-Luis-Gerardo-Rodr%C3%ADguez-Lozano.pdf>.

³³² *Ibidem*, *op. cit.*, p 212.

VI. El derecho penal argentino y la presunción de inocencia

La presunción de inocencia es un principio del proceso penal moderno, un derecho fundamental y una garantía procesal del debido proceso.

Este principio, según Francisco Ortega Pérez, presenta un componente humanista que se refleja en la clásica expresión de Ulpiano en el Digesto al establecer “que es preferible que se deje impune el delito de un culpable a que un inocente sea condenado”.³³³

El artículo 1 del Código Procesal Penal (1991) dice:

Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias, ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.³³⁴

Esta misma idea se presenta en el nuevo Código Procesal Penal Federal (2019) en su artículo 3, expresando: “Nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta tanto una sentencia firme, dictada en base a pruebas legítimamente obtenidas, desvirtúe el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona. El imputado no debe ser presentado como culpable. Los registros judiciales, legajos y comunicaciones

³³³ ORTEGA PÉREZ, F. (2021). “La presunción de inocencia: entre el Derecho Español y el Derecho de la Unión Europea.” En *Revista Internacional del Consinter de Directo*, Año VI, Nº X. Recuperado el 24 de agosto de 2021 de <https://revistaconsinter.com/es/revistas/ano-vi-numero-x/capitulo-02-dereito-publico/la-presuncion-de-inocencia-entre-el-derecho-espanol-y-el-derecho-de-la-union-europea/>.

³³⁴ Código Procesal Penal, Ley 23.984, 21/8/1991, vigente, de alcance general.

no podrán contener inscripciones estigmatizantes o que desvirtúen el estado jurídico de inocencia”.³³⁵

Esto demuestra que, en lo referido al proceso penal, los legisladores consideraron esencial el principio de presunción de inocencia conforme a lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

VII. La presunción de inocencia en los tratados internacionales sobre derechos humanos

Los tratados internacionales sobre derechos humanos mencionados en el artículo 75 inciso 22, 2ª parte, de la Constitución Nacional, tienen jerarquía constitucional. En base a dicha jerarquía deben respetarse los derechos incluidos en dichos tratados por toda la normativa de nuestra nación.

Con referencia a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno la Argentina adopta la postura que se denomina monismo. Según dicha postura el derecho internacional y el derecho interno de un Estado forman parte de un todo y se complementan. El Estado soberano debe implementar mecanismos para asegurar dicha complementación.

Los tratados de derechos humanos incluidos en el artículo mencionado, y que se refieren a la presunción de inocencia, son: la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, artículo 11, apartado 1; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, artículo 26; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 14, apartado 2; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, artículo 8 apartado 2.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 fija en su artículo 11, apartado 1: “Toda persona acusada de delito tiene derecho

³³⁵ Código Procesal Penal Federal (T.O. 2019), Ley 27.063, 7/2/2019, vigente, de alcance general.

a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.³³⁶

Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 establece en su artículo 26: “Se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas”.³³⁷

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966 señala en artículo 14, apartado 2: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.³³⁸

La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrito el 22 de noviembre de 1969, dice en su artículo 8, apartado 2: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.³³⁹

Es importante destacar que el citado artículo 8 establece bajo la denominación de “garantías judiciales” un sistema de protección de los derechos humanos. Como expresa Federico Gastón Thea,

más que un pilar del sistema de protección de los derechos humanos parece más acertado afirmar que el artículo 8 de la Convención Americana contiene

³³⁶ *Constitución de la Nación Argentina. Antecedentes. Leyes Constitucionales. Derechos Humanos. Reseña histórica y comentario por Miguel Daniellán* (1996). Buenos Aires: A-Z, , p.185.

³³⁷ *Ibidem*, p. 180.

³³⁸ *Ibidem*, p. 238.

³³⁹ *Ibidem*, p. 194.

un conjunto de pilares, que sostienen la tutela de los demás derechos de las personas. Ellos son, entre otros y sin perjuicio de las particularidades de su ámbito de aplicación y de la extensión que le ha dado a cada uno la jurisprudencia nacional e internacional, las garantías de acceso a la jurisdicción, intervención de juez natural, independiente e imparcial, presunción de inocencia, igualdad de las partes y equidad de los procedimientos, inviolabilidad de la defensa en juicio y decisión justa, conforme a derecho, dictada dentro de un plazo razonable.³⁴⁰

La presunción de inocencia es una garantía procesal que se aplica a todos los tipos de procesos. Esta garantía supone que la parte demandante o acusadora es la que tiene la carga de probar la responsabilidad del acusado demandado. Agrega el autor referido que “En materia civil, se aplica de manera bastante atenuada, aceptándose, por ejemplo, el principio de la carga dinámica de la prueba, la responsabilidad objetiva, las presunciones para acreditar el dolo o la culpa, etc.”.³⁴¹

VIII. La presunción de inocencia y el principio “*in dubio, pro reo*”

La presunción de inocencia obliga a las autoridades públicas a garantizar que las personas sean tratadas como si fueran inocentes hasta que se demuestre lo contrario fuera de toda duda y mediante una sentencia firme. Lo expuesto se vincula con el principio “*in dubio pro reo*”. En virtud del mismo, en caso de duda, el juez debe absolver porque solo se puede condenar si existe una certeza absoluta de que el acusado es

³⁴⁰ THEA, F. G. (2009). “Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas”. En *La Ley, Suplemento Administrativo*, junio de 2009. Recuperado el 29 de mayo de 2021 de http://www.sajj.gob.ar/doctrina/dacfo90047-thea-las_garantias_debido_proceso.htm.

³⁴¹ *Ibidem*, op. cit.

culpable. El juez, a través del proceso, debe llegar a la conclusión que el imputado es responsable del delito que se le atribuye en la acusación.

Esta vinculación entre la presunción de inocencia y el principio “*in dubio, pro reo*” es mencionada por Mirta Beatriz Álvarez al expresar: “El principio ‘*in dubio, pro reo*’—que literalmente significa que, en caso de duda, debe estarse a lo más favorable del imputado— se erige sin discusión en la actualidad en la República Argentina, como un principio de raigambre constitucional, derivado del estado de inocencia del que goza todo imputado en el proceso penal”.³⁴²

La autora menciona al referirse al principio “*in dubio pro reo*” que “establece que en caso de la más mínima duda acerca de la culpabilidad del acusado, el juez debe inclinarse a favor del reo. La máxima con esta formulación no sería romana, aunque se encuentra un pensamiento análogo en Paulo, Sent. 4. 12. 5 y en un rescripto de Trajano citado por Ulpiano en el Digesto”.³⁴³

En cuanto a la relación entre la presunción de inocencia y el principio “*in dubio pro reo*”, Arturo Muñoz Aranguren expresa:

La presunción de inocencia supondría la exigencia ineludible de concurrencia de prueba de cargo lícita y válida suficiente para dotar de certeza a la tesis acusatoria. Por su parte el principio *in dubio pro reo* actuaría en un momento posterior del estadio de la valoración probatoria una vez superado por la acusación el umbral de la presunción de inocencia del acusado. De alguna forma, la presunción de inocencia haría referencia a la existencia de prueba de cargo objetivamente convincente, mientras que el adagio *in dubio pro reo* se aplicaría a aquellos casos en los que el tribunal, a pesar de existir esa prueba de cargo

³⁴² ÁLVAREZ, M. B. (2016). “La proyección del *favor debitoris* al derecho público romano. Recepción de este principio en la legislación y jurisprudencia argentinas”. En MURILLO VILLAR, A., CALZADA GONZÁLEZ, A. y CASTÁN PEREZ-GOMEZ, S. (coord.). *Homenaje al Profesor Armando Torrent*. Madrid: Dykinson, p. 60.

³⁴³ *Ibidem*, op. cit., p. 59.

objetivamente suficiente para fundar una condena desde la perspectiva de la presunción de inocencia, albergara alguna duda subjetiva sobre la culpabilidad del acusado.³⁴⁴

IX. Caso “Rojas, Lucía Cecilia, Jara, Ricardo Omar, Vázquez, Cristina s/homicidio agravado” y la presunción de inocencia

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo del 26 de diciembre de 2019, hizo lugar al recurso extraordinario de la defensoría oficial absolviendo a Lucía Cecilia Rojas y Cristina Liliana Vázquez, que fueron condenadas a prisión perpetua por el homicidio de Ersélide Leila Dávalos ocurrido en Misiones el 27 de julio de 2001. La mujer, jubilada del Poder Judicial de Misiones, fue asesinada en su casa de Posadas.

La Corte expresó que “si no hay un debido proceso, mal puede existir el respeto a la garantía de la defensa y al derecho a ser oído, y si esa garantía se encuentra ausente no existe posibilidad alguna de garantizar la presunción de inocencia”.³⁴⁵

Así la Corte se refiere al principio de juicio previo o debido proceso y a la garantía de defensa en juicio que presenta el artículo 18 de la Constitución Nacional: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado

³⁴⁴ MUÑOZ ARANGUREN, A. (2020). “La presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*: algunos equívocos”. En *Almacén de Derecho*, 7 de abril 2020. Recuperado el 24 de agosto de 2021 de <https://almacenederecho.org/la-presuncion-de-inocencia-y-el-principio-in-dubio-pro-reo-argunos-equivocos>.

³⁴⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Caso Rojas, Lucía Cecilia, Jara, Ricardo Omar, Vázquez, Cristina s/homicidio agravado”. CSJ 367/2018/CS1. Sentencia 26 de diciembre de 2019, p. 19. Recuperado el 27 de mayo de 2021 de <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/087/745/000087745.pdf>.

sin juicio previo fundado en ley anterior del hecho del proceso (...). Es inviolable la defensa en juicio de la persona y los derechos”.

Se entiende que la sentencia de todo juicio debe ser resultado de lo demostrado en el proceso. La Corte reivindica esta idea al plantear que

Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método racional de reconstrucción de un hecho pasado en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. Lo mismo sucederá cuando el referido método se aplique defectuosamente, que no se hayan incorporado todas las pruebas conducentes y procedentes, que la crítica externa no haya sido suficiente, que la crítica interna haya sido contradictoria, o que en la síntesis no se haya aplicado adecuadamente el beneficio de la duda, o que sus conclusiones resulten contradictorias con las etapas anteriores (arg. fallos: 328:3399 especialmente considerando 30 y 31 del voto de la mayoría).³⁴⁶

La Corte entendió que en el citado caso no se demostró la culpabilidad de las imputadas e insistió en que el tribunal superior provincial decidió practicar una revisión que resultó deficitaria y que desatiende la “prueba producida al no ponderarla ni confrontarla desde la perspectiva del principio de culpabilidad y de la garantía de presunción de inocencia”.³⁴⁷

El máximo tribunal dijo que “casi sin esfuerzo, es posible constatar que las versiones de descargo de las acusadas no fueron examinadas con la exhaustividad que el caso exigía”.³⁴⁸

Por otra parte, la Corte Suprema refiere al encuadre jurídico en la Constitución Nacional, y en especial, al principio de presunción de inocencia en la siguiente expresión:

³⁴⁶ *Ibidem*, op. cit., p. 8.

³⁴⁷ *Ibidem*, op. cit., p. 9.

³⁴⁸ *Ibidem*, op. cit., p. 18.

18) Que en esa inteligencia y dadas las particularidades del caso, esta Corte Suprema considera oportuno recordar que cuando en su artículo 18 de la Constitución Nacional dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le reprochan, hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme (fallos 321:3630).³⁴⁹

Y afirmó: “Así lo entendió esta Corte desde un inicio al referirse a la presunción de inculpabilidad”.³⁵⁰

La Corte declaró procedentes los recursos extraordinarios, dejó sin efecto la sentencia apelada y absolvió a Lucía Cecilia Rojas y Cristina Liliana Vázquez por el delito del que fueron acusadas.

Al referirse al concepto de sentencia, Salvador Olimpo Nava Gomar señala que “Toda sentencia debe reunir tres requisitos o cualidades indispensables: claridad, precisión y congruencia, de indiscutible relevancia para estar en aptitud de alcanzar el cometido de socializar el derecho”.³⁵¹

Es importante, según el referido autor, la motivación vinculada con la argumentación. La argumentación entendida como ordenación del pensamiento y la racionalidad en las decisiones, es decir, las razones que motivan las decisiones de los jueces.

Por su parte, la fundamentación es “requisito indispensable vinculado con el principio de legalidad primordial exigencia de todo Estado de derecho, por el cual la autoridad solo puede realizar aquello que una

³⁴⁹ *Ibidem*, op. cit., p. 18.

³⁵⁰ *Ibidem*, op. cit., p. 18.

³⁵¹ NAVA GOMAR, S. (2010). “La sentencia como palabra e instrumento de la comunicación”. En *Revista Justicia Electoral*, Vol. 1, Nº 6, p. 57. Recuperado el 29 de mayo de 2021 de <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4062157.pdf>.

norma legal le faculta expresamente, la que, a su vez, debe ser conforme con las disposiciones previstas en la Constitución”.³⁵²

Asimismo, el autor señala que la congruencia de la sentencia debe ser tanto interna como externa. La congruencia interna, teniendo en consideración que la sentencia es una unidad, debe en el fallo cuidar la existencia de un hilo conductor que le dé orden y racionalidad desde la narrativa de los hechos y la identificación de los agravios, hasta la valoración de estos últimos y sus efectos en los puntos resolutivos. En cuanto a la congruencia externa lo expresado en la sentencia no se debe apartar de lo pedido por el actor en su escrito de demanda.

En el caso analizado, y en virtud de lo mencionado por la Corte, no puede reconocerse en la sentencia dictada por el tribunal provincial la aplicación de un método racional para reconstruir el hecho pasado. La falta de fundamentación por apartarse del artículo 18 de la Constitución Nacional y no garantizar adecuadamente la defensa en juicio y el respeto del derecho fundamental de presunción de inocencia, y la ausencia de congruencia en la descripción de los hechos y en la identificación de las personas que realizaron los agravios como agentes culpables de la acción, conlleva a que la Corte determine la falta de procedencia de la sentencia dictada por el tribunal de la provincia.

La Corte reivindica la idea de “20) Que, como corolario de la presunción de inocencia, se enmarca el principio *in dubio pro reo* en función del cual al valorar la prueba resulta imperativo absolver al imputado en caso de duda. Ello es así porque el punto de partida es la presunción de su inocencia y no la hipótesis de la acusación (Fallos: 213:369; 287:212; 329:5628 y 6019; 339:1493, entre otros)”.³⁵³

También el tribunal reconoce la falta de definición de la situación procesal de los imputados al señalar

³⁵² *Ibidem*, *op. cit.*, p. 61.

³⁵³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *op. cit.* p., 19.

25) Que en efecto, tras más de nueve años de procedimiento recursivo, insistir en el reenvío de las actuaciones a fin de que sea el superior tribunal provincial quien asegure el derecho de las imputadas a una revisión acorde con la presunción de inocencia, se traduciría, en definitiva, en la lesión de otro derecho, cual es el que tiene todo imputado a obtener un pronunciamiento que defina su posición frente a la ley y a la sociedad, y ponga término al estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal (conf. Fallos: 272:188 en particular considerando 10, *in fine*).³⁵⁴

Por último, es importante señalar que el supremo tribunal consideró que “el caso que por segunda vez es aquí traído a los estrados de esta Corte Suprema resulta ser un claro ejemplo de un proceso indebido en el que se negó la vigencia del principio de inocencia y la aplicabilidad al caso del *in dubio pro reo* como consecuencia de una sesgada y parcial revisión del fallo”.³⁵⁵

En el caso presentado se afectó la dignidad humana de las imputadas al condenarlas sin demostrar la culpabilidad de las mismas en la comisión del homicidio, no respetando la garantía de presunción de inocencia ni el principio *in dubio pro reo*. Las imputadas recibieron una sentencia arbitraria, sin fundamentación en pruebas fehacientes, y fueron condenadas a una pena que viola en forma evidente los derechos humanos.

La decisión del máximo tribunal demuestra la violación de dichos derechos y nos interpela a la sociedad y a los poderes encargados de protegerla a ser cautelosos en los procesos en los cuales está en juego la libertad de las personas. Esto confirma la importancia del aforismo de Ulpiano al expresar que “tampoco debía ser condenado alguien por sospechas, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente”.

³⁵⁴ *Ibidem*, op. cit., p. 22.

³⁵⁵ *Ibidem*, op. cit., p. 19.

X. Conclusión

La dignidad de las personas es el fundamento de los derechos humanos y justificación de un ordenamiento político y jurídico que asegure su protección.

Frente a las continuas violaciones de los derechos humanos que ocurren en el mundo actual es necesario asegurar, mediante las leyes, la protección integral de la dignidad de la persona humana. Pero no basta con establecer el marco jurídico, sino garantizar el respeto del mismo con un poder judicial que reconozca los principios fundamentales del derecho penal.

La presunción de inocencia, como presupuesto y principio fundamental en el proceso, tiene como objeto evitar consecuencias nefastas a personas inocentes con medidas que afecten su libertad, y evitar las consecuencias por presunciones no demostradas por un juicio que no respete la dignidad de las personas. Debido a esta vinculación con la dignidad humana el principio de presunción de inocencia va más allá de lo jurídico.

El citado principio tiene un rango superior entre los derechos porque la inocencia es componente esencial de la dignidad humana y su violación produce consecuencias morales y físicas irreparables. Este principio es primordial para la protección de los derechos humanos dado que por un lado impone la carga de la prueba a la acusación y, por otro, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda.

Por otra parte, adhiero al pensamiento de Germán Martínez Cisneros que señala:

Desde una perspectiva jusnaturalista diríamos que todos tenemos, entre otros derechos inherentes a la condición humana, el de lograr un mínimo de respeto a nuestra dignidad, y parte esencial de ese respeto es que se presuma nuestra inocencia; ello impide estimar perverso o antisocial a cualquiera sin bases que lo sustenten lo cual tiene una importancia de especial trascendencia porque al

creer no inocente a un individuo, es decir, al pensar que es culpable (no importa de qué) siempre trae consecuencias nefastas contra ese sujeto.³⁵⁶

En el caso “Rojas, Lucía Cecilia, Jara, Ricardo Omar, Vázquez, Cristina s/homicidio agravado”, las imputadas sufrieron la condena social afectando el honor de ellas y sus familias, menoscabando la dignidad de trato que merecían por ser personas, al recibir de parte del tribunal superior provincial una sentencia que las condenó por un delito sin las pruebas suficientes de acreditación de la comisión del mismo.

El aforismo de Ulpiano “*Satius enim esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare*” reafirma la idea que la “sospecha” no basta para condenar, sino que, por el contrario, se exige que el acusador demuestre la culpabilidad del imputado para evitar cualquier atribución injusta del delito dando cuenta de la importancia de asegurar la libertad y la dignidad humana. Este aforismo trasciende el derecho romano y es recepcionado, tal como se expuso en el presente trabajo, por la normativa argentina en la Constitución Nacional, el Código Procesal Penal Federal y los tratados internacionales de jerarquía constitucional a los que adhiere la República Argentina.

En el derecho penal argentino, que incluye este principio en sus procesos, es importante destacar que la prisión preventiva solo se debe implementar en los casos que exista peligro de fuga del procesado (art. 7, inciso 5, de la Convención Americana de los Derechos Humanos) o bien para evitar que el procesado impida el desarrollo del procedimiento. En caso contrario se estaría violando el principio de presunción de inocencia.

Cabe resaltar lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido que “la regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal”.

En referencia al principio *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia, esta última obliga a las autoridades públicas a garantizar que las

³⁵⁶ MARTINEZ CISNEROS, *op. cit.*, p. 230.

personas sean tratadas como inocentes hasta que se demuestre lo contrario, y en caso de duda el juez debe absolver (*in dubio pro reo*) dado que solo se puede condenar si existe certeza absoluta de la culpabilidad del acusado.

También la Corte Suprema de Justicia ha insistido en la importancia de respetar el debido proceso, la sentencia como resultado de lo demostrado en el juicio y la garantía de defensa en el juicio. La Corte afirma que “si no hay un debido proceso, mal puede existir el respeto a la garantía de la defensa y al derecho a ser oído, y si esa garantía se encuentra ausente no existe posibilidad alguna de garantizar la presunción de inocencia”. Esta afirmación demuestra la relación estrecha entre el debido proceso, la posibilidad de defensa en juicio y la presunción de inocencia.

Bibliografía

- ÁLVAREZ, M. B. (2016). “La proyección del *favor debitoris* al derecho público romano. Recepción de este principio en la legislación y jurisprudencia argentinas”. En MURILLO VILLAR, A., CALZADA GONZÁLEZ A y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (coord.). *Homenaje al Profesor Armando Torrent*. Madrid: Dykinson.

- BARRADO VICENTE, R. (1860) *Importancia que tuvieron en Roma los jurisconsultos. Su influencia en el desarrollo del derecho. Discurso leído en la Universidad Central por el jurisconsulto D. Roque Barrado Vicente en el solemne acto de recibir la investidura de doctor en Derecho Civil y Canónico*. Madrid: Imprenta de D. Luis Palacios.

- BLANCH NOUGUES, J. M. (2012). “*Ius Publicum y Ius Privatum* en la experiencia del Derecho. Un ejemplo insólito en las distinciones de Bartola expuestas a través de esquemas”. En *Revista general de Derecho Romano*, 18. Disponible en:

https://www.researchgate.net/profile/Carmen-Palomo-Pinel/publication/316668380_Ius_publicum_y_ius_priuatum_en_la_experiencia_historica_del_derecho_Un_ejemplo_insolito_en_las_distinciones_de_Bartolo_expuestas_a_traves_de_esquemas/links/590b215e0f7e9b1d0826f137/Ius-publicum-y-ius-priuatum-en-la-experiencia-historica-del-derecho-Un-ejemplo-insolito-en-las-distinciones-de-Bartolo-expuestas-a-traves-de-esquemas.pdf?origin=publication_detail

- CARBONELI SÁNCHEZ, M. (2020). “¿Qué es la presunción de inocencia?”. En *Revista Hechos y Derechos*, N° 56, Marzo-Abril de 2020. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/14587/15682>.

- CARRIÓN, A. (1994). *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 3ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Hammurabi. Disponible en: <https://pdfcoffee.com/qdownload/garantias-constitucionales-en-el-proceso-penal-alejandro-carriopdf-pdf-free.html>

- CHUAQUI JAHIAAT, B. (1991). “El concepto de dignidad en la antigua Roma y después. Estudio de Víctor Pöschel”. En *ARS MEDICA Revista de Ciencias Médicas*, Chile. Disponible en: <https://arsmedica.cl/index.php/MED/article/download/347/278>.

- CIDH. “Caso Hernández vs. Argentina”. Sentencia del 22 de noviembre de 2019. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf.

- Código Procesal Penal. Ley 23.984, 21/8/1991.

- Código Procesal Penal Federal. (T.O. 2019) Ley 27.063, 7/2/2019.

- Constitución de Irlanda de 1937. Disponible en: http://www.dpucantico.com/constituciones/Irlanda_espagnol.pdf.

- *Constitución de la Nación Argentina. Antecedentes. Leyes Constitucionales. Derechos Humanos. Reseña histórica y comentario por Miguel Daniellan* (1996). Buenos Aires: A-Z, p. 185.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Caso Rojas, Lucía Cecilia, Jara, Ricardo Omar, Vazquez, Cristina s/homicidio agravado”. CSJ 367/2018/CS1. Sentencia 26 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/087/745/000087745.pdf>.
- CROUZET, M. (dir.), AYMARD, A. y AUBOYER, J. (1960). *Historia General de las Civilizaciones. Roma y su imperio*. Vol. II. 2ª edición. Barcelona: Ediciones Destino, p. 637.
- DE LA VEGA DE MIGUENS, N. P. (1970). *Reglas de Ulpiano*. Buenos Aires: Lerner, pp. 11-15.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Disponible en: https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Disponible en: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf.
- GARCIA DEL CORRAL, I. (1988). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto traducido al castellano del latino. Valencia: Jaime Molinas Editor; (1892). Valladolid: Editorial Lex Nova, p. 786.
- HIRSCHBERGER, J. (1986). *Historia de la Filosofía II*. 12ª edición. Barcelona: Herder.
- JARA MULLER, J. J. (1999). “Principio de inocencia. El estado

jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal”. En *Revista Estudios e Investigaciones. Revista de Derecho*, N° especial, Agosto 1999, pp. 41-58. Disponible en: <http://revistas.uach.cl/html/revider/v10supl.Especial/body/art07.htm>.

- La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949. Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

- LOZANO CORBÍ, E. (1999). *Historia e Instituciones de Derecho Romano*. Zaragoza: Mira Editores.

- MADUEÑO, R., CAPATO, A. F., LONIGRO, F. V., RUIZ, D. O. y TRUEBA, M. R. (h) (2003). *Instituciones de Derecho Público*. 3ª edición. Buenos Aires: Ediciones Macchi.

- MARTÍNEZ BULLE-GOYRI, V. M. (2013). “Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad”. En *Boletín mexicano de derecho comparado*. Vol. 46, N° 136. Ciudad de México, ene./abr. de 2013. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000100002.

- MARTÍNEZ CISNEROS, G. (2008). “La presunción de inocencia. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos al Sistema Mexicano de Justicia Penal”. En *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/viewFile/32234/29229>.

- MC NALL BURNS, E. (1964). *Civilizaciones de occidente, su historia y su cultura*. 8º edición. Buenos Aires: Peuser.

- MICHELINI, D. J. (2010). “Dignidad humana en Kant y Habermas / Human dignity in Kant and Habermas”. En *Revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas*. INCIHUSA-

CONICET Mendoza, Vol. 12, N° 1, julio de 2010. Disponible en: <https://losapuntesdefilosofia.com/wp-content/uploads/2017/09/v12n1a03.pdf>.

- MUÑOZ ARANGUREN, A. (2020). “La presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*: algunos equívocos”. En *Almacén de Derecho*, 7 de abril 2020.

- NAVA GOMAR, S. O. (2010). “La sentencia como palabra e instrumento de la comunicación”. En *Revista Justicia Electoral*, Vol. 1, N° 6. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4062157.pdf>.

- NEGRI, C. M. (dir.) (2016). *Manuel de Instituciones de Derecho Público*. Buenos Aires: Erreius.

- NOGUEIRA ALCALA, H. (2005). “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”. En *Revista Ius et Praxis*, Vol. 11, N° 1. Disponible en: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/529/394>.

- ORTEGA PÉREZ, F. (2019). “La presunción de inocencia: entre el Derecho Español y el Derecho de la Unión Europea”. En *Revista Internacional del Consinter de Directo*, Año VI, N° X. Disponible en: <https://revistaconsinter.com/es/revistas/ano-vi-numero-x/capitulo-02-direito-publico/la-presuncion-de-inocencia-entre-el-derecho-espanol-y-el-derecho-de-la-union-europea/>.

- RINALDI, N. (2006). *Lecciones Ampliadas del Derecho Romano*. Buenos Aires: Edictum.

- RODRÍGUEZ LOZANO, L. G. (2019). “La presunción de inocencia”. En *Revista jurídica Primera Instancia*. Vol. 6, N° 12, Enero-Junio de 2019. Disponible en: <https://www.primerainstancia.com>.

[mx/wp-content/uploads/2019/06/LA-PRESUNCI%C3%93N-DE-INOCENCIA-Luis-Gerardo-Rodr%C3%ADguez-Lozano.pdf](http://www.saij.gov.ar/wp-content/uploads/2019/06/LA-PRESUNCI%C3%93N-DE-INOCENCIA-Luis-Gerardo-Rodr%C3%ADguez-Lozano.pdf).

- THEA, F. G. (2009). “Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas”. En *La Ley. Suplemento Administrativo*, junio de 2009. Disponible en: http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacf090047-thea-las_garantias_debido_proceso.htm.

- VAZQUEZ, H. (1998). *Diccionario de Derecho Romano. Palabras, locuciones y aforismos latinos*. Buenos Aires: Zavalía.

- VIAL CORREA, J. D. y RODRÍGUEZ GUERRO, A. (2009). “La dignidad de la persona humana. Desde la fecundación hasta su muerte / The dignity of the human being. From conception to death / A dignidade da pessoa humana. Desde a fecundação até a morte”. En *Acta Bioética*, Vol. 15, Nº 1, Santiago de Chile. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S1726569X2009000100007&script=sci_arttext&tlng=n.

- YACOBUCCI, G. J. (2004). *Algunos aspectos del principio de dignidad humana en el derecho penal. Introducción*. SAIJ, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Argentina. Disponible en: <http://www.saij.gov.ar/guillermo-jorge-yacobucci-algunos-aspectos-principio-dignidad-humana-derecho-penal-introduccion-dacf040066-2004/123456789-0abc-defg6600-40fcanirtcod>.

Del *familiae emptor* en la *mancipatio familiae* a la figura del albacea en el Código Civil y Comercial de la Nación³⁵⁷

Por Mirta Beatriz Álvarez³⁵⁸

Sumario: I. El *familiae emptor*; II. La figura del albacea en el derecho sucesorio argentino; III. Conclusiones

I. El *familiae emptor*

El derecho civil contemplaba dos formas antiguas de testar para los ciudadanos romanos: *in comitiis calatis* e *in procinctu*.³⁵⁹ El primero

³⁵⁷ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Una mirada romanista a los libros quinto y sexto del Código Civil y Comercial de la Nación” que la autora dirige en UFLO Universidad.

³⁵⁸ Profesora titular de Derecho Romano en las Facultades de Derecho de UFLO Universidad y de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora categorizada en el Sistema Nacional de Incentivos. Vicepresidenta de AIDROM y presidenta emérita de ADRA.

³⁵⁹ El testamento *in comitiis calatis* era otorgado en forma oral en presencia del pueblo

se confeccionaba en tiempos de paz y el segundo, en época de guerra.

Surgió en época también antigua la necesidad de poder redactar testamento fuera de las oportunidades en que se reunían los comicios calados. Apareció así el testamento *per aes et libram*, como derivación de un acto conocido como *mancipatio familiae*, por cuanto se utilizaba el ritual de la *mancipatio* con la intervención del cobre y la balanza. Según manifiestan varios romanistas,³⁶⁰ se trata de una elaboración jurisprudencial que revela el genio romano, ya que combina los efectos jurídicos de la *mancipatio* con los propios de las normas sobre los legados, y constituye un modo de eludir los requisitos del testamento comicial y de evitar la sucesión *ab-intestato*.³⁶¹

Consiste en la venta que realiza el mancipante de todo el patrimonio (*familia*) a una persona de confianza (*familiae emptor*), encomendándole el disponente que a su muerte procediera al reparto de sus bienes de acuerdo con las instrucciones impartidas.

Puesto que no hay una institución de herederos, no podemos hablar técnicamente de un testamento. El *familiae emptor* no es un heredero, aunque ocupa el lugar de heredero, con el fin de realizar la partición de los bienes en la forma indicada por el mancipante.³⁶²

La profesora María Floriana Cursi³⁶³ sostiene que la *mancipatio familiae*

reunido en los comicios curiados, presididos por el Pontífice. Estos comicios solo se reunían dos veces por año: en los *idus* de marzo y de mayo. El testamento *in procinctu* se celebraba ante el *populus* armado para el combate.

³⁶⁰ SCHULZ, F. (1960). *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch, p. 230 ss.; WATSON, A. (1971). *Roman Private Law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, p. 8.

³⁶¹ VOCI, P. (1960). *Diritto Ereditario Romano I*. Milano: Guiffré, pp. 22-23.

³⁶² DI PIETRO, A. (1996). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 364 ss.

³⁶³ CURSI, M. F. (2016). "La *mancipatio familiae*. Una forma di testamento?." En *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid: Dykinson, p. 186, sostiene: "La *mancipatio familiae*, quale atto fiduciario *mortis causa* alternativo al testamento, ha rappresentato un'importante novità sul piano giuridico. Essa asseconda l'esigenza economica, soprattutto plebea, di privilegiare

surge por la exigencia económica –sobre todo plebeya– de privilegiar la transmisión material de los bienes antes que la institución de un heredero político del grupo.

Esta forma de testamento se denomina *per aes et libram* pues se realiza por la forma de la *mancipatio* –modo de adquirir el dominio conforme al derecho civil romano, en el cual el adquirente declaraba ser propietario de la cosa en presencia del enajenante, de cinco testigos y del *libripens*, con el cobre y la balanza– la persona que recibía los bienes, llamada *familiae emptor*, los adquiría desde el momento de la celebración del acto (Gai., 2, 102).

Por tal razón, si el testador no moría, carecía de acción para hacer revocar la venta. Así, el carácter esencialmente revocable que distingue a todos los testamentos se veía deteriorado en esta forma de testar.³⁶⁴

La obligación del *familiae emptor* era de carácter moral, y si no cumplía con la voluntad del testador, nadie podía accionar contra él.

La única fuente con la que contamos para conocer esta institución es Gayo (I. 2, 102), quién nos refiere que en fecha incierta se produce un cambio que lo convierte en un verdadero testamento, conocido como testamento *per aes et libram*: “Se instituye por el testamento otro heredero encargado de distribuir los legados, quedando el otro por mera fórmula, por imitación del viejo derecho, para ser tenido como adquirente del patrimonio (*familiae emptor*)” (Gai., I. 2, 103).³⁶⁵

Si bien la figura del *familiae emptor* sigue presente,³⁶⁶ la atención

nella successione *mortis causa* il materiale trasferimento di beni piuttosto che l'istituzione di un erede politico del gruppo?”

³⁶⁴ DI PIETRO, A. (1987). *Gayo, Institutas, texto traducido, notas e introducción*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 268 ss.

³⁶⁵ *Ibidem*, Gayo... *op. cit.* p. 267.

³⁶⁶ TALAMANCA, M. (1990). *Istituzioni di Diritto Romano*. Milan: Giuffré Editore, p. 717, asevera que en el testamento *per aes et libram* de la época tardorrepublicana y clásica, la *mancipatio* solo conserva una función meramente formal.

principal se desplaza hacia el mancipante,³⁶⁷ quien en una declaración (*nuncupatio*) aprovecha la oportunidad para instituir heredero.³⁶⁸ Vale decir que es el mancipante el que toma un papel activo por medio de su declaración. La propia Ley de la XII Tablas (6, 1) lo permite: “Cuando se cumpla el *nexum* y el *mancipium*, como se lo declare, que así sea ley”.^{369, 370}

D’Ors³⁷¹ afirma que el testamento es uno de los cuatro logros del genio jurídico romano (juntamente con la distinción entre propiedad y posesión, la justa causa y los contratos consensuales). Los romanos adaptaron el negocio libral (*per aes et libram*), en función de venta sin precio real, para traspasar todos los bienes a una persona que a la muerte del disponente debería, con los poderes del propietario de que se hallaba investido, distribuir aquellos bienes en la forma dispuesta por el propietario. Era como una *lex* privada que un propietario daba para regir el destino de sus bienes para después de su muerte y las distintas disposiciones se llamaban *leges* (mandas, decimos en la actualidad).

El procedimiento es así: quien hace (el testamento) en presencia, como en las otras mancipaciones, de cinco testigos ciudadanos romanos púberes y un “*libripens*”,

³⁶⁷ Si bien las alusiones al derecho de las sucesiones no son muy frecuentes en el corpus plautino, las referencias a la *mancipatio* se encuentran bien presentes en la obra del *sarsinate*. Así, encontramos en el *Persa*, concretamente en el acto IV, 3 525 y 4 589, dos casos concretos en donde el mancipante toma un papel activo y efectúa la declaración.

³⁶⁸ DI PIETRO, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 364 ss.

³⁶⁹ Tab. 6, 1: “*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*”.

³⁷⁰ ROYO ARPON, J. (1997). *Palabras con poder*. Madrid: Marcial Pons, p. 68: “No deja de ser sintomático que en Tab. 6, 1, se distinga *nexum* de *mancipium*, como estableciendo diferencias entre las calidades de poder que subyacen al que se ostenta sobre las personas, frente al que se tiene sobre las cosas”.

³⁷¹ D’ORS, A. (1989). *Cuatro logros del genio jurídico romano*. Tomo 1989-B. Buenos Aires: La Ley, p. 598.

después de haber escrito las tablas del testamento, mancipa a un tercero –por mera formalidad– su patrimonio (*familia suam*) y en tales circunstancias, son usadas estas palabras por el *“familiae emptor”*: “Yo me encargo por mandato tuyo de custodiar tu familia y tu fortuna, y a fin de que tú puedas en derecho hacer tu testamento de acuerdo con la ley pública. Sean por mí compradas, por esta moneda de cobre” (y algunos agregan) “y por esta balanza de bronce” (...) Golpea entonces con el cobre la balanza y se lo da al testador en lugar del precio. Luego, el testador, teniendo las tablas del testamento dice así: “De acuerdo con lo que está escrito en estas tablas y en esta cera, yo doy, lego y testo, y por lo tanto vosotros, quirites, dadme testimonio de esto”. Esto es lo que se llama *nuncupatio*, porque *nuncupare* quiere decir designar (*nominare*) públicamente y confirmar de una manera general aquello que ha escrito detalladamente en las tablas del testamento” (Gai, I, 2, 104).³⁷²

El testamento *per aes et libram* fue la forma normal de testar conforme al *ius civile* durante todo el período clásico, por lo que los rituales de la *mancipatio* se tornaban obligatorios.³⁷³

³⁷² DI PIETRO, *Gayo...*, *op cit.*, p. 268 ss.

³⁷³ RODRÍGUEZ, E. (1998). “El testamento nuncupativo: algunos aspectos terminológicos y de contenido, desde Roma al derecho moderno.” En *Actas del IV Congreso iberoamericano de Derecho Romano*. Tomo II, Colección Congresos. Vigo: Servicio de Publicaciones de Universidad de Vigo, p. 200, afirma citando a Schulz, Biondi y Arangio Ruiz: “La *mancipatio familiae* llegó a transformarse en el *testamentum per aes et libram* –producto artificial de la antigua jurisprudencia cautelar romana–, cuya fecha de entrada en vigor se desconoce, si bien se baraja que no fue posterior al siglo II a. C., permaneciendo inalterado hasta época posclásica.”

II. La figura del albacea en el derecho sucesorio³⁷⁴

En este acápite haremos referencia a lo dispuesto en el Código Civil argentino y lo que dispone el Código Civil y Comercial de la Nación. Y lo haremos en el mismo apartado, por cuanto, como sostiene Ferrer,³⁷⁵ en cuanto al albacea no hay modificaciones sustanciales, y se comprimen las normas vigentes.³⁷⁶

Por ese motivo haremos la mención de los artículos del Código velezano y del Código Civil y Comercial en cada tema, y destacaremos cuando exista alguna diferencia entre ambas legislaciones.

El Código Civil argentino, en el Libro IV, Sección I, Título XX “De los albaceas”, expresaba en su artículo 3844: “El testador puede nombrar uno o más personas encargadas del cumplimiento de su testamento”, y en el artículo 3845: “El nombramiento de un ejecutor testamentario debe hacerse bajo las formas prescriptas para los testamentos; pero no se precisa que se haga en el testamento mismo, cuya ejecución tiene por objeto asegurar”. De estos artículos se desprende que para Vélez Sarsfield, el albacea era un “ejecutor testamentario”,

³⁷⁴ CORDOBA M. y SOLARI, N. (1993). *Derecho Sucesorio III*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 305: “El diccionario de la Real Academia Española refiere que ‘albacea’ viene del árabe ‘al-wasiyya’: persona encargada por el testador de cumplir la última voluntad y custodiar los bienes del finado”.

³⁷⁵ FERRER, R. (2017). “El Derecho de las sucesiones en el Código Civil y Comercial” En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 6226, Texto del artículo 16908-1-10-20161230, 64.

³⁷⁶ En el mismo sentido, CHACÓN F., y TORRES, S., *El albacea en el nuevo Código Civil y Comercial: concepto, orígenes históricos, naturaleza jurídica, tipos y características generales*, Cita RC D 391/2015, que sostiene que el albacea ha sido reformulado completamente en el CCC pero en accidente no en esencia. De los 31 artículos del CC actualmente son 9, algunos agrupan hasta tres artículos del código velezano. Y se ha mejorado la técnica legislativa.

encargado de hacer cumplir el testamento conforme a los deseos y la última voluntad del causante.^{377, 378}

No hay una norma similar en el Código Civil y Comercial (en adelante, CCC), ya que no define al albacea. El capítulo 7, titulado “Albaceas”, del Título XI del Libro Quinto, en su primer artículo que es el 2523, se refiere directamente a las atribuciones.

Chacón y Torres³⁷⁹ definen al albacea como la persona (humana o jurídica) encargada de cumplir y hacer cumplir la última voluntad del testador, según las instrucciones que le fueran impartidas por este último, o en defecto de ellas, las que según las circunstancias, sean necesarias para lograr tal fin, y que es designada por el testador en el testamento mismo o en cualquier otro medio que cumpla con las formalidades testamentarias.

³⁷⁷ ZANNONI, E. (1992). *Manual de derecho de las sucesiones*. Buenos Aires: Astrea, p. 669 ss.: “Sin embargo, el albaceazgo ha constituido en la práctica, fuente de diversos conflictos con los herederos. Y esto ocurre porque, conforme al sistema romanista de la *successio in locus et ius* o, si se prefiere, de la ‘continuación’ de la persona del causante por el heredero que informa el derecho moderno de tradición romanista, la administración de la herencia, a partir de la propiedad y la posesión de los bienes relictos y, consiguientemente, la ejecución de las disposiciones del testador, competen a los propios herederos. El albaceazgo, en cambio, opera al estilo del *executor*, y ‘corresponde a la función de una administración liquidadora interpuesta entre el derecho del causante y el de los herederos, reducidos entonces a ser meros destinatarios del remanente”.

³⁷⁸ CÓRDOBA y SOLARI, *op. cit.*, p. 305 ss.: “Consideramos que albacea es la persona designada por el testador con el fin de que **observe y ejecute** el fiel cumplimiento de la voluntad del causante. Destacamos aquellos dos términos, **observación y ejecución**, pues, generalmente, se asimila la función del albacea con la de ejecutor, y, así, se conoce la institución también con el nombre de ejecutor testamentario. Por el contrario, entendemos que el aspecto principal de su cargo es el de **observador**, pues su función reside fundamentalmente en la vigilancia y control para que se disponga y cumpla lo más fidedignamente la voluntad del testador”.

³⁷⁹ CHACÓN y TORRES, *op. cit.*

Por su parte, Rojas y Quintana³⁸⁰ afirman que el albacea es un controlador, pues su función consiste en la vigilancia y fiscalización para que se disponga y cumpla lo más fidedignamente la voluntad del testador.

II. 1. Naturaleza jurídica

Es discutida en doctrina la naturaleza jurídica del albaceazgo:

II. 1. a) Teoría de la representación

Algunos autores consideran que el albacea es un representante del *de cuius*. Para otros, el albacea es un representante de la herencia concebida como persona jurídica, distinta de los herederos.

Otra parte de la doctrina considera que el albacea es un representante de los legatarios, ya que generalmente se nombra al albacea para proteger a los legatarios del incumplimiento de las disposiciones testamentarias que los afectan, por parte de los herederos.

También puede considerarse que el albacea obra en representación de los herederos, aunque, precisamente, en muchos casos, el motivo que origina su nombramiento es evitar los abusos de los herederos.

II. 1. b) Teoría del oficio

Messineo, Betti y otros autores consideran al albaceazgo como un oficio o cargo establecido por la ley.

³⁸⁰ ROJAS J. y QUINTANA, M. "El rol del albacea en el proceso". En sitio www.jorgerojas.com.ar. Última consulta 07/09/2021.

II. 1. c) Teoría de la institución *sui generis*

Puig Peña manifiesta que el albaceazgo es de una naturaleza tal que no puede ser asimilable a otras instituciones conocidas, que tiene características propias que la hacen una figura jurídica independiente.

Los tribunales argentinos han sostenido, en alguna oportunidad, que el albaceazgo es un ente con características que le son propias, puesto que, en cuanto a sus funciones, actúa como mandatario del testador, y en lo atinente a sus obligaciones y responsabilidades, como si lo fuese de los herederos.³⁸¹

II. 1. d) Teoría del mandato

Esta teoría compartida por una amplia doctrina considera al albacea como un mandatario *post mortem* de naturaleza especial,³⁸² ya que es nombrado por el causante para hacer cumplir sus disposiciones testamentarias. Esta es la posición sustentada en la nota al artículo 3844 del CC, cuando Vélez expresaba que es mandatario del causante y no de los herederos.

Se trata de un mandato sin representación, pues el que lo confiere ha muerto ya, cuando el executor testamentario entra en funciones. Es un encargo, una misión, que importa el cumplimiento de órdenes o instrucciones.

Esta teoría está plasmada en el Código Civil suizo en su artículo 517 y el Código Civil alemán en el artículo 2218 y sustentada por la mayoría de la doctrina: Aubry et Rau, Planiol, Ripert, Josserand, Llerena, Machado, Fornieles, Lafaille, Cafferata, Fassi y Borda, entre otros.

³⁸¹ CÓRDOBA y SOLARI, *op. cit.*, p. 313.

³⁸² BORDA, G. (1988). *Manual de Sucesiones*, Buenos Aires: La Ley, p. 507 ss.

No encontramos una norma similar al artículo 3844 del CC en el Código Civil y Comercial.

II. 1. e) Teoría de la gestión

Herrera, Caramelo y Picasso³⁸³ sostienen que una tendencia predominante se inclina por considerar al albacea como un gestor de la sucesión, es decir que su misión se reduce a vigilar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el testamento, sin que deba interferir en la defensa de los intereses de los legatarios o herederos.

II. 2. Caracteres

- 1) Es **personalísimo**,³⁸⁴ ya que no puede delegar el mandato que ha recibido, pues la designación importa un acto de confianza personal del causante.³⁸⁵ Sin embargo, puede el albacea nombrar mandatario que obre bajo sus órdenes, respondiendo de los actos de éste (conf. art. 3855 CC y 2525 CCC).

El artículo 3866, sin embargo, establecía que: “Cuando un funcionario ha sido en esta calidad nombrado ejecutor testamentario, sus poderes pasan a la persona que le sucede en la función”. En el mismo sentido lo establece el artículo 2524 *in fine* CCC. Se trata de una seudoexcepción al principio establecido en el artículo 3855 del CC: “El albacea no puede delegar el mandato que ha recibido, ni por su muerte pasa a sus herederos”, que se

³⁸³ HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo VI. Buenos Aires: Infojus, p. 256.

³⁸⁴ ZANNONI, *op. cit.*, p. 676 ss. denomina “*Indelegabilidad*” a este carácter del albaceazgo.

³⁸⁵ BORDA, *op. cit.*, p. 510.

encuentra también en el artículo 2525 del CCC.

Además, el albaceazgo resulta indelegable, en el sentido de que el testador no puede establecer que su elección o determinación sea hecha por un tercero.³⁸⁶

- 2) Es **voluntario**, tanto para el causante en su facultad de nombrar un albacea (art. 3844 CC), como para la persona designada, en su facultad de aceptar el cargo. Más aún, habiendo aceptado el cargo puede posteriormente renunciar al mismo (art. 3865 *in fine* CC). El artículo 2531 del CCC establece precisamente a la renuncia como una causal de conclusión del albaceazgo.

- 3) Es **oneroso**, conforme al artículo 3872 del CC que establecía: “El albacea tiene derecho a una comisión que se gradúa según su trabajo y la importancia de los bienes de la sucesión”. En igual sentido, lo dispone el artículo 2530 del CCC. En la nota al artículo 3872, Vélez Sarsfield fundamentaba el sentido de la contraprestación: “En la nota al artículo 1871 de este Código, establecemos que el mandato no es gratuito por su esencia, sino por su naturaleza, y que un salario u honorario no altera su carácter”.³⁸⁷

- 4) Es **testamentario**, porque su nombramiento debe constar en un testamento —en cualquiera de las formas de testar admitidas— aunque este sea posterior al que establezca las cláusulas testamentarias. Así lo establece el artículo 2524 del CCC.

³⁸⁶ CORDOBA y SOLARI, *op. cit.*, p. 315.

³⁸⁷ BORDA, *op. cit.*, p. 519 ss.: “Nuestro Código acepta así el carácter oneroso del albaceazgo, solución seguida por la mayor parte de las legislaciones modernas (...). Pocas son las leyes que mantienen el principio de la gratuidad (C. Civil español, art. 908; italiano, art. 711; portugués, art. 1892)”. También sostenía la gratuidad el Proyecto de García Goyena en el art. 739.

- 5) Es **temporal** en virtud de que su función se agota en el cumplimiento de la voluntad del causante. El término no está determinado por un plazo cierto, sino que dependerá de las circunstancias del caso.³⁸⁸

II. 3. Capacidad para designar y ser designado albacea

II. 3. a) Capacidad para designar albacea

Dado que la designación de albacea debe constar en un testamento, para nombrarle se requiere tener capacidad para testar (art. 3845 CC y art. 2524 CCC).

II. 3. b) Capacidad para ser designado albacea

El artículo 3846 del CC establecía que pueden ser designados albaceas las personas capaces de obligarse, capacidad que se requiere al tiempo de ejercer el cargo^{389, 390} (art. 2524 CCC).

³⁸⁸ CORDOBA y SOLARI, *op. cit.*, p. 316, agregan: "El Anteproyecto de Bibiloni, en cambio, señala: 'Si el testador no hubiera fijado tiempo para la duración del albaceazgo, éste deberá realizarse dentro del año contado desde el día en que el albacea entró en ejercicio del cargo. El juez podrá prorrogar el plazo testamentario o el legal, si ocurrieron al albacea dificultades graves para evacuar su cargo dentro de él'" El plazo de un año es también el indicado en el Código Civil español para el desempeño de las tareas del albacea, como también lo establecía el Proyecto de García Goyena en el artículo 735.

³⁸⁹ CORDOBA y SOLARI, *op. cit.*, p. 316: "La norma no guarda coherencia con lo establecido en el art. 1897 CC, en donde se dispone que el mandato puede ser válidamente dado a una persona incapaz de obligarse"

³⁹⁰ ZANNONI, *op. cit.*, p. 677: "Vélez, que, como sabemos, consideró el albaceazgo como

El artículo 3848 del CC establecía que podían ser nombrados albaceas los herederos, legatarios, los testigos del testamento y el escribano ante quien se confecciona. El artículo 2530, 2º párrafo, del CCC establece que los albaceas pueden ser legatarios.

Con respecto a los fallidos y concursados, el artículo 2528 del CCC faculta a los herederos a pedir la destitución del albacea en caso de insolvencia, lo que en sentido amplio es comprensivo del concurso, la quiebra y el mal manejo de los negocios.

II. 4. Facultades y deberes del albacea

II. 4. a) Facultades

Como principio general el artículo 3851 del CC establecía: “Las facultades del albacea serán las que designe el testador con arreglo a las leyes”. El artículo 2523 del CCC sostiene que las facultades del albacea son las conferidas por el testador y omite la referencia a las leyes. Se debió agregar “con arreglo a las leyes” como lo expresaba la norma derogada (art. 3851 del CC), pues la facultad del testador reconoce límites en los derechos que la ley confiere a los herederos en tanto titulares de la herencia, a los que protege con más intensidad si se trata de herederos forzosos (art. 2447 del CCC).^{391, 392}

un mandato del testador al albacea, justificó la diferente solución diciendo que ‘en el mandato ordinario él – alude al mandante– es solo quien sufre por la incapacidad de su mandatario: tiene siempre el recurso de revocar el mandato cuando le parezca, mientras que cuando el ejecutor testamentario es incapaz, son los herederos o legatarios a los cuales la incapacidad del legatario (debe leerse albacea) puede perjudicar sin que ellos hayan participado en su nombramiento, y sin que tengan el poder de revocarlo’ (nota al art. 3846)”

³⁹¹ FERRER, R. “El Derecho de las sucesiones en el Código Civil y Comercial”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 6226, Texto del artículo 16908-1-10-20161230, 64.

³⁹² Conforme fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal,

En la nota al referido artículo, Vélez Sarsfield explicaba que, siendo las facultades del albacea una restricción a las facultades de administración y libre disposición de los herederos, las amplias atribuciones que el testador puede atribuir al albacea se encuentran restringidas por los preceptos legales, ya que no podría afectar la legítima de ningún heredero distribuyendo a su arbitrio los bienes. El artículo 3863 del CC disponía que el nombramiento de un albacea, deja a los herederos y legatarios todos los derechos cuyo ejercicio no se atribuye especialmente a aquel y lo mismo dispone el artículo 2528 del CCC.

• **Facultades del albacea cuando el causante no las ha fijado**

El artículo 3851, 2ª parte, establecía que el executor testamentario tendría todos los poderes que según las circunstancias fueran necesarias para la ejecución de la voluntad del testador y en igual sentido se expresa el artículo 2523 del CCC. Dentro de estas facultades se enumeran:

- 1) Debe quedar en su poder una parte de la herencia suficiente para pagar los gastos y legados (art. 3852 del CC y art. 2526, 2º párr., del CCC). El albacea debe requerir a los herederos la entrega de los bienes necesarios, ya que son éstos los que tienen la posesión de pleno derecho y en el caso que los herederos tuvieren justo temor sobre la seguridad de los bienes, podrán

Sala G, en autos G.A.M. s/sucesión testamentaria, se dictaminó: "Corresponde rechazar la sucesión intentada por el albacea testamentario, pues, si existen herederos testamentarios a los que les compete la posesión y administración de la herencia y la responsabilidad por el cumplimiento de los legados, resulta palmario que aquel habrá de limitarse a vigilar y controlar el cumplimiento de la voluntad del causante, sin que el testador pueda acordarle otras facultades que signifiquen desnaturalizar la gestión que les compete a los herederos"
 Fecha: 24-feb-2016; Cita: MJ-JU-M-97760-AR | MJJ97760 | MJJ97760.

pedirle las garantías necesarias (art. 3853 del CC y art. 2528 *in fine* del CCC). Las medidas precautorias que se aplicarán y la cantidad de bienes que quedarán en manos del albacea, en caso de desacuerdo, serán establecidas por el juez de la sucesión.

- 2) El albacea debe pagar las mandas con conocimiento de los herederos, pues éstos pueden oponerse en el caso de que vean afectadas sus legítimas (art. 3859 del CC y art. 2526, 3º párr., del CCC). Si el albacea no pusiera en conocimiento de los herederos el pago de algún legado, este es nulo y el albacea será responsable por los daños y perjuicios que ocasione a los herederos, si éstos prueban la ineficacia de los legados. Por otra parte, el albacea puede pagar las deudas, si no son controvertidas y los herederos no se oponen a tal pago. No puede el albacea reconocer deudas, y los acreedores que demanden el pago de deudas deben hacerlo contra la sucesión y no contra el albacea. Conforme al artículo 3562 del CC, el albacea era ajeno a los juicios que se promovieran contra la sucesión, salvo en el caso de que no hubiere herederos, donde las facultades del albacea se aumentan (aspecto tratado en el punto 6) (art. 2529 del CCC).
- 3) El artículo 3861 del CC establece la facultad del albacea de demandar a los herederos y legatarios por la ejecución de las cargas que el testador les hubiere impuesto en su propio interés. Lo mismo dispone el artículo 2526, 2º párr., del CCC. En el caso que el testador no hubiere autorizado al albacea a cumplir con las cargas él mismo, el executor testamentario solo puede exigir el cumplimiento a los herederos.
- 4) El albacea puede vender bienes muebles o inmuebles, si ha sido facultado por el testador, pero solamente los bienes que fueran indispensables para la ejecución del testamento, con el acuerdo de los herederos o autorizado por juez competente (art. 3856

del CC y art. 2529 *in fine* del CCC). De no estar facultado por el testador expresamente para la venta de bienes, siendo ésta necesaria, podrá realizarse con acuerdo de los herederos o autorización judicial. La venta debe hacerse en pública subasta, estando impedido el albacea de adquirir dichos bienes.

- 5) De acuerdo con el Código velezano, tenía facultad para intervenir en los procesos relativos a la validez del testamento o de alguna de sus cláusulas (art. 3862, 1ª parte, del CC), pero no para promover la nulidad del testamento en que se lo designa, ni actuar en las demandas contra la sucesión. Actualmente es un deber legal para el albacea intervenir, según expresa el artículo 2529 *in fine* del CCC. En cuanto a las demandas promovidas por la sucesión, el albacea es ajeno a intervenir en ellas, debiendo hacerlo los herederos o el administrador judicial de la sucesión. En el supuesto de que el proceso tienda a hacer ingresar bienes a la sucesión, para cumplir con la voluntad del testador el albacea tiene personería para demandar. Con respecto a las transacciones de derechos y obligaciones de la testamentaría, los albaceas no pueden hacerlas sin autorización de juez competente, con previa audiencia de los interesados (art. 841, inc. 4, del CC y art. 1646, inc. c), del CCC).
- 6) En el caso de que no existieran herederos, el artículo 3854 del CC establecía que le correspondía al albacea la posesión de la herencia.^{393, 394} Vélez en su nota explicaba que esta posesión era en

³⁹³ El artículo 3852 comenzaba disponiendo que “habiendo herederos forzosos, o herederos instituidos en el testamento, la posesión de la herencia corresponde a los herederos”

³⁹⁴ El Proyecto de Unificación del Código Civil y del Código de Comercio de 1999 en su artículo 2472 eliminaba este controvertido concepto y establecía: “Cuando no haya herederos o cuando los legados insuman la totalidad del haber sucesorio, el albacea es el representante

calidad de *depósito o secuestro* (nótese la influencia romanista del vocablo), para satisfacer con ella los derechos constituidos por el testamento. En estos casos, el albacea tramitaba la sucesión, intervenía en las demandas promovidas por y contra la sucesión y podía vender los bienes. Es decir, que las facultades se ampliaban en caso de ausencia de herederos. En cambio, el artículo 2529 del CCC no se refiere a la posesión de la herencia sino que, al igual que el Proyecto de 1999, establece que en ese supuesto el albacea es el representante de la sucesión. Le compete la administración de los bienes sucesorios conforme lo establecido para el curador de la herencia vacante. Vale decir que el albacea solamente administra si no hay herederos,³⁹⁵ mientras que por el artículo 2347 se considera nombrado administrador a quien el testador haya señalado expresamente como tal, o lo haya designado como liquidador de la sucesión, albacea, ejecutor testamentario o de otra manera similar. Vemos cómo la norma del artículo 2529 CCC es acorde con la función tradicional del albacea, siendo éste el encargado de cumplir con las mandas del testador y solamente otorgó la función de administrador para el caso de inexistencia de herederos.

- 7) Tiene derecho a percibir honorarios (art. 3872 del CC). Los puede fijar el testador y en el caso que sean excesivos, los herederos pueden oponerse a ellos si afectan su legítima. En caso de no estar fijados por el testador, los regulará el juez de la sucesión, según el trabajo y la importancia de los bienes. Así lo dispone también el artículo 2530 del CCC. En el supuesto del albacea abogado deben abonarse por separado los honorarios

de la sucesión (...). Le compete la administración de los bienes sucesorios conforme a lo establecido para el curador de la herencia vacante.”

³⁹⁵ CHACÓN y TORRES, *op. cit.*

que le correspondan por el trabajo realizado en ejercicio de su profesión.³⁹⁶ Los honorarios del albacea deben ser considerados a cargo de la masa hereditaria.

- 8) El artículo 2530 *in fine* establece que se le deben reembolsar los gastos al albacea. Se trata de los gastos necesarios para cumplir con su función y que ha anticipado con recursos propios. El albacea tiene derecho a que le sean reembolsados una vez que rinda cuentas, ya que son a cargo de la sucesión.

II. 4. b) Deberes

- **Inventario:** El artículo 3857 del CC obligaba al albacea a asegurar los bienes dejados por el testador y a realizar su inventario, con citación de los herederos, legatarios y otros interesados. En el mismo sentido lo dispone el artículo 2526 del CCC. El artículo 3858 del CC establecía que el testador no podía dispensar al albacea de la obligación de realizar el inventario,³⁹⁷ lo que reitera el artículo 2523, 1° párr. *in fine*, del CCC.
- **Rendición de cuentas:** El albacea está obligado a dar cuenta a los herederos de su administración, aunque el testador lo hubiese eximido de hacerlo (art. 3868 del CC y art. 2526 *in fine* del CCC). Los interesados en la rendición de cuentas sí pueden eximirlo. La rendición de cuentas debe hacerse ante

³⁹⁶ BUERES, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. Tomo II, C. Buenos Aires: Hammurabi, p.615.

³⁹⁷ CÓRDOBA y SOLARI, *op. cit.*, p. 354: "El inventario puede ser realizado en forma privada, siempre y cuando los herederos fueren mayores y capaces, en cambio, si existiere algún heredero menor, ausente o incapaz, el inventario deberá efectuarse en forma judicial".

el juez de la sucesión y el albacea tiene derecho a descontar los gastos realizados en ejercicio de su función y los honorarios que le hubieren regulado (arts. 3872 y 3873 del CC y art. 2530 *in fine* del CCC).

- **Responsabilidad:** Conforme el artículo 3869 del CC era responsable de su administración ante los herederos y legatarios, y en caso de exceso o incumplimiento de sus funciones debía afrontar los daños y perjuicios consiguientes.³⁹⁸ En el mismo sentido pero con mayor precisión técnica, lo dispone el artículo 2527 del CCC. La solución resulta atinada, ya que el albacea está administrando bienes ajenos, y si su accionar ha provocado un daño a los herederos o legatarios, debe resarcirlos.³⁹⁹

II. 5. Pluralidad de albaceas^{400, 401}

El testador puede designar varios albaceas, a fin de que ejerzan funciones en forma sucesiva o conjunta. Así lo disponían los artículos 3870

³⁹⁸ BORDA, *op. cit.*, p. 519: "Aunque el texto solo alude a los *herederos y legatarios*, resulta obvio que su responsabilidad existe respecto de todas las personas a quienes haya perjudicado con su culpa o dolo en el cumplimiento de sus obligaciones, entre ellos están también comprendidos los acreedores de la sucesión y los beneficiarios de cargos. La responsabilidad del albacea surge de su calidad de mandatario y se rige por los principios que gobiernan este contrato."

³⁹⁹ BUERES, *op. cit.*, p. 613.

⁴⁰⁰ ZANNONI, *op. cit.*, p. 689: "Cabe, si se quiere, la consideración de situaciones especiales que también importan la conclusión del albaceazgo: (...) si fuesen inoficiosas las mandas o legados ordenados en el testamento cuya ejecución compete al albacea, o se venciere el plazo acordado al albacea para la ejecución testamentaria."

⁴⁰¹ El Proyecto de unificación del Código Civil y el Código de Comercio cit., en su artículo 2474, 2º párrafo, establecía: "Cuando por cualquier causa cesa el albacea designado y subsiste

(“Cuando son varios los albaceas nombrados bajo cualquiera denominación que lo sean, el albaceazgo será ejercido por cada uno de los nombrados en el orden en que estuvieran designados, a no ser que el testador hubiese dispuesto expresamente que se ejerciera de común acuerdo entre los nombrados. En este último caso, todos son solidarios. Las discordias que puedan nacer serán dirimidas por el juez de la sucesión”) y 3871 (“Si hay varios albaceas solidarios, uno solo podrá obrar a falta de los otros”) del CC. En forma similar, aunque sin referirse a la solidaridad, lo establece el artículo 2523, 2º párr., del CCC.

II. 6. Conclusión del albaceazgo

- a) Ejecución completa del testamento (art. 3865 CC y art. 2531 CCC).
- b) Incapacidad sobreviniente del albacea (art. 3865 del CC y art. 2531 del CCC).
- c) Muerte del albacea (art. 3865 del CC y art. 2531 del CCC).
- d) Destitución ordenada por el juez (art. 3865 del CC). Los herederos pueden solicitar la destitución por incapacidad del albacea para el cumplimiento del testamento, o por mala conducta en sus funciones, o por haber quebrado en sus negocios. Así también lo dispone el artículo 2531 del CCC.
- e) Renuncia voluntaria del albacea (art. 3865 del CC y art. 2531 del CCC).

2474, 2º párrafo, establecía: “Cuando por cualquier causa cesa el albacea designado y subsiste la necesidad de llenar el cargo vacante, lo provee el tribunal con audiencia de los herederos y legatarios”. En cambio, el artículo 3867 del CC establecía en ese caso que los herederos y legatarios pueden ponerse de acuerdo para nombrar un ejecutor testamentario; pero si no lo hicieron, los acreedores de la sucesión u otros interesados, no pueden pedir el nombramiento de albacea.

- f) Por nulidad o revocación del testamento, pues al caer el acto que dio origen al nombramiento del albacea este no tiene razón para subsistir.
- g) Por el vencimiento del plazo fijado por el testador. Esta es una novedad del CCC en su artículo 2531, pues no estaba considerado en el CC.

III. Conclusiones

De las Institutas de Gayo (2, 104) surge claramente la similitud entre el albacea del derecho argentino y el *familiae emptor*, cuando este último se compromete a custodiar y vigilar el patrimonio para que se cumplan las disposiciones del causante.⁴⁰²

Como señala García Goyena,⁴⁰³ poco o casi nada es lo que se encuentra en derecho romano sobre albaceas o ejecutores testamentarios.⁴⁰⁴

⁴⁰² DI PIETRO, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 364: "A la muerte del causante, el *familiae emptor*, ocupando el lugar del heredero, era en realidad 'propietario fiduciario', que debía ejecutar las instrucciones dadas. Es algo parecido a lo que luego será, en el derecho actual, un 'albacea', figura que no tuvo luego desarrollo en el Derecho Romano".

⁴⁰³ GARCÍA GOYENA, F. (1853). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Tomo II. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, p. 157 en el comentario al art. 729 del Proyecto y continúa: "(...) el cumplimiento de las últimas voluntades corría a cargo del heredero, que, aún entre nosotros es ejecutor legítimo. Sin embargo, en la Novela 18 del Emperador León, en la ley 28 párrafo 1, título 2, libro 1 del Código, en la 7 título 5, libro 35 del Digesto y en alguna otra, se encuentran pruebas de que no les era desconocido este encargo, al menos para cosas especiales".

⁴⁰⁴ BERNAD SEGARRA, L. (1998). "Algunas consideraciones sobre la ejecución testamentaria". En *Actas IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*. Tomo I. Colección Congresos. Vigo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Vigo, p. 165 en el mismo sentido, sostiene:

Sin embargo, considerando al albacea como la persona nombrada por el causante para realizar la distribución de sus bienes entre herederos y legatarios, podemos encontrar como antecedente del albaceazgo, la figura del “*familiae emptor*” del derecho romano.⁴⁰⁵

Sin perjuicio de las diferencias que pudieran existir entre ambas instituciones,⁴⁰⁶ lo más relevante es que tanto la designación del *familiae emptor* como la del albacea, importan un acto de confianza del causante hacia el ejecutor testamentario, siendo la *fides*⁴⁰⁷ el principio que da sentido y fundamento a ambas figuras.

Los romanos practicaron esta vivencia de la *fides* de una manera muy

“Nos reafirmamos en la idea expresada al comienzo de este artículo sobre la dificultad de encontrar el origen del ejecutor testamentario en el derecho romano propio de la época clásica, pero, al mismo tiempo, pensamos que ello no es obstáculo para entender que sus raíces se encuentran en el derecho propio de la época post-clásica, que también es derecho romano.”

⁴⁰⁵ CÓRDOBA y SOLARI, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 306 s.s.: “Los orígenes romanos de la ejecución se encontrarían en el *familiae emptor*, en la herencia yacente y en los ‘fideicomisos particulares’. El *familiae emptor* era la persona a la que se le transferían los bienes –ante una situación de muerte inminente– por medio de la *mancipatio* con el fin de que los transmitiera a cierta o a ciertas personas, en el caso de producirse su fallecimiento. Por lo que se trataba de un acto de confianza, quedando la voluntad del causante librada a la buena fe y lealtad del *familiae emptor*.”

⁴⁰⁶ Podemos mencionar entre esas diferencias, la consideración del momento en que debe gozar de “capacidad” cada uno, del principio de gratuidad en la función del *familiae emptor* y el de la onerosidad que rige la labor del albacea, como así también la imposibilidad de que el *familiae emptor* fuera a su vez, heredero, legatario o testigo del acto, situaciones que se encontraban permitidas expresamente en la figura del albacea en el Código Civil argentino.

⁴⁰⁷ DI PIETRO, A. (2001). “El respeto a la palabra dada.” En *El Derecho*, 10320, p. 2 ss.: “Esta es una palabra que posee una polisemia muy amplia. A veces significa ‘confianza’ que depositamos en otro, también hace referencia a la ‘lealtad’ que es debida en los actos de comportamiento, tanto de los ciudadanos particulares, como de la propia Roma respecto de otros pueblos”.

particular, preciándose de haberla mantenido en el más alto grado de consideración y respeto.⁴⁰⁸

Estrada afirma que es uno de los principios rectores del comportamiento social y jurídico del romano, de modo que, podemos afirmar, constituyó uno de los rasgos más destacados de su identidad.⁴⁰⁹

Es de esperar que este principio rector de derecho que se ha mantenido inalterable a través de los siglos en Roma, continúe siendo el sustento de todas las instituciones jurídicas actuales.

Bibliografía

- BERNAD SEGARRA, L. (1998). “Algunas consideraciones sobre la ejecución testamentaria”. En *Actas IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*. Tomo I. Colección Congresos. Vigo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Vigo.

- BORDA, G. (1988). *Manual de Sucesiones*, Buenos Aires: La Ley.

- BUERES, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. Tomo II C. Buenos Aires: Hammurabi.

- CÓRDOBA M. y SOLARI, N. (1993). *Derecho Sucesorio III*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

- CURSI, M. F. (2016). “La *mancipatio familiae*. Una forma di testamento?”. En *Homenaje al Profesor Armando Torrent*. Madrid: Dykinson.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, *op. cit.*

⁴⁰⁹ ESTRADA, S. (2003). “La *fides* como principio de identidad del sistema jurídico romano”. En *Representaciones identitarias de la Roma Antigua*, Tucumán, p. 145 ss.

- DI PIETRO, A. (1996). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma.
- DI PIETRO, A. (1987). *Gayo, Institutas, texto traducido, notas e introducción*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- DI PIETRO, A. (2001). “El respeto a la palabra dada”. En *El Derecho*, 10320.
- D’ORS, A. (1989). *Cuatro logros del genio jurídico romano*. Tomo 1989-B. Buenos Aires: La Ley.
- ESTRADA, S. (2003). “La *fides* como principio de identidad del sistema jurídico romano”. En *Representaciones identitarias de la Roma Antigua*, Tucumán.
- GARCÍA GOYENA, F. (1853). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Tomo II. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial.
- HERRERA, M. CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo VI. Buenos Aires: Infojus.
- RODRÍGUEZ, E. (1998). “El testamento nuncupativo: algunos aspectos terminológicos y de contenido, desde Roma al derecho moderno”. En *Actas del IV Congreso iberoamericano de Derecho Romano*. Tomo II, Colección Congresos. Vigo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Vigo.
- ROYO ARPÓN, J. (1997). *Palabras con poder*. Madrid: Marcial Pons.
- SCHULZ, F. (1960). *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch.

- TALAMANCA, M. (1990). *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffré.

- VOICI, P. (1960). *Diritto Ereditario Romano I*. Milano: Giuffré.

- WATSON, A. (1971). *Roman Private Law*. Edinburgh: University of Edinburgh.

- ZANNONI, E. (1992). *Manual de derecho de las sucesiones*. Buenos Aires: Astrea.

Artículos on line

- CHACÓN F., y TORRES, S., *El albacea en el nuevo Código Civil y Comercial: concepto, orígenes históricos, naturaleza jurídica, tipos y características generales*, Cita RC D 391/2015.

- FERRER, R. “El Derecho de las sucesiones en el Código Civil y Comercial”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 6226, Texto del artículo 16908-1-10-20161230.

- ROJAS J. y QUINTANA, M. “El rol del albacea en el proceso”. En sitio www.jorgerojas.com.ar. Última consulta 07/09/2021.

Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus.

Consideraciones relacionadas a la servidumbre de acueducto en Roma y en el Código Civil y Comercial de la Nación

Por María Elena Bazán⁴¹⁰, Norma Alicia Juárez⁴¹¹
y Soledad Andrea Peralta⁴¹²

Resumen

En el devenir de la historia del hombre y especialmente en Roma buscaron el progreso de la *civitas*, a fin de lograr avances para el bienestar del pueblo.

⁴¹⁰ Abogada. Procuradora. Profesora de Ciencias Jurídicas. Titular Derecho Romano I y II (Universidad Nacional de Catamarca). Adjunta en Derecho Romano B (Universidad Nacional de Córdoba). Investigadora Cat. III.

⁴¹¹ Abogada. Procuradora. Notaria. Profesora Ayudante en Derecho Romano B (Universidad Nacional de Córdoba).

⁴¹² Abogada. Procuradora. Mediadora. Profesora Ayudante Derecho Romano B (Universidad

Así, surgió la construcción de los monumentales acueductos, dispersos en todo el ámbito de la dominación romana, principalmente en tiempos de la República y el Imperio.

El emplazamiento de ellos fue considerado, en razón de una utilidad pública y en relación con los intereses privados, convirtiéndose estas inmensas estructuras en grandes obras que se mantienen en pie hasta el día de hoy, como testigos del esfuerzo por armonizar el bien común y los derechos de los particulares.

De esta forma, continuaban con el servicio de abastecimiento del agua, elemento indispensable de la vida y que llega a las diversas poblaciones, hasta el presente.

Tratamos el principio de utilidad pública con una mirada hacia la Servidumbre de Acueducto en Roma y su aplicación en nuestra legislación vigente, en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Palabras clave: utilidad pública romana; servidumbre de acueducto; Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Abstract

In the evolution of the history of man and especially in Rome, they sought the progress of the civitas, in order to achieve progress, for the well-being of the people.

Thus, the construction of the monumental aqueducts arose, scattered throughout the area of Roman domination, mainly in times of the republic and the empire.

Their location was considered, due to a public utility and in relation to

Nacional de Córdoba). Las integrantes forman parte del Instituto de Derecho Romano Agustín Díaz Bialek UCC y miembros de ADRA.

private interests, turning these immense structures into great works that remain standing to this day, as witnesses of the effort to harmonize the common good and the rights of individuals.

In this way, the continued with the water supply service, and essential element of life and that reaches the various populations, until the present.

We the treat principal of public utility with a look towards the Aqueduct Easement in Rome and its application in our current legislation, in the Civil and Commercial Code of the Argentine Nation.

Keywords: *Roman public utility; aqueduct easement; Civil and Commercial Code of the Argentine Nation.*

PRIMERA PARTE

***Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus.* Consideraciones relacionadas a la servidumbre de acueducto en Roma**

Introducción

Un nuevo evento nos reúne a profesores romanistas y de otras disciplinas, para presentar nuestros trabajos ante el VIII Congreso de Principios Generales y Derecho Romano de UFLO Universidad, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En esta oportunidad exponemos el tema referido al principio, titulado “*Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus.* Consideraciones relacionadas a servidumbre de acueducto en Roma y el Código Civil

y Comercial de la Nación Argentina”, que está estructurado en dos partes. La primera atinente al principio “La utilidad pública ha de preferirse a los contratos de los particulares”, y en ella hay un contenido de tratamiento sobre qué es la utilidad pública en Roma, qué es un acueducto y la descripción de algunos de ellos, qué son las servidumbres, cuáles son las necesidades para la construcción de la servidumbre de acueductos, los trabajos realizados de estas construcciones, el costo originado para la distribución del agua y entre otros aspectos, las funciones del *cura aquarum* y otros en la época de la República e Imperio, completando esta exposición con la demostración de algunas citas del *Corpus Iuris Civilis*.

La segunda parte basada en la transfusión de esta figura jurídica servidumbre de acueducto, en el Código de Velez Sarsfield y el nuevo Código Civil de la Nación Argentina.

I. Principio “*Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus*” (“La utilidad pública ha de preferirse a los contratos de los particulares”)

El principio estudiado está vinculado a la idea ordenadora de los romanos que clasificaron al *ius* en derecho público y derecho privado,⁴¹³ el cual ha llegado hasta nosotros después de varias interpretaciones que en general tratan de justificar la primacía de los intereses públicos o colectivos respecto de los intereses particulares o individuales.

Antes de adentrarnos en la vicisitud del principio que nos ocupa, haremos referencia al pasaje del *Corpus Iuris Civilis* que lo contiene.

⁴¹³ D. 1. 1. 1. 2.

I. a. Breve análisis del principio en el *Corpus Iuris Civilis*

El principio que expresa “La utilidad pública ha de preferirse a los contratos de los particulares” figura en el *Corpus Iuris Civilis* del emperador Justiniano y que ubicamos el tema en el Código, Libro XII, Título LXIII, Ley 3^o,⁴¹⁴ constitución dictada por los emperadores Diocleciano y Maximiano, hace referencia como lo indica la rúbrica “Del Primípilo”,⁴¹⁵ y su contenido dice: “Los mismos Augustos a Domna. La utilidad pública ha de ser preferida a los contratos de los particulares; y por lo tanto, si constare que se le pagó al fisco por causa de la provisión del primípilo, podrás pedir a título de dote la posesión que te está obligada, para que se pueda pagar la dote”.

El primípilo era el “hombre de confianza de los oficiales superiores y su reemplazante eventual, goza por esta causa en el mando subalterno, de una situación excepcional”, que en esa época revestían como funcionarios estatales, siendo un ejemplo de la organización definitiva de la burocracia durante el Bajo Imperio.

Cabe acotar que *primus pilus* o *primípilo* era la denominación que recibía el centurión de la primera cohorte de una de las legiones romanas, siendo éste el cargo más alto al que podía aspirar un soldado raso luego de las reformas que introdujo Mario.

Para acceder al puesto era necesario permanecer en las filas durante un tiempo considerable, demostrando valor y auténtica capacidad de mando sobre los subalternos, como también exhibir una conducta sensata y equilibrada, constituyéndose en ejemplo de liderazgo. Era personalmente responsable de la custodia del estandarte más importante de toda la legión, representada por el águila romana.

⁴¹⁴ GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona: Jaime Molinas.

⁴¹⁵ HOMO, L. (1928). *Las instituciones políticas romanas. De la ciudad al estado*. Barcelona: Cervantes, p. 448.

Bajo sus órdenes estaban los demás centuriones y por ende todos los soldados de la legión, por su experiencia en el campo, y participaba en las reuniones del Estado Mayor.

Los superiores al cargo de Centurión Primípilo eran el Legado de Legión (*Legatus Legionis*), el Tribuno Laticlavio⁴¹⁶ y el *Praefectus Castrorum*. Luego del año en el ejercicio del cargo de *centurio primus pilus*, el primípilo era licenciado e ingresaba al orden ecuestre. Como caballero romano, podía participar en la vida de la comunidad en la que fijase su domicilio y tenía derecho a ingresar al *cursus honorarum* de los *equites romani*; o bien, siempre dependiendo de su impronta personal, afincarse en Roma y asesorar al emperador y sus generales.

Los primipilares que permanecían en el ejército lo hacían con el rango de *primus pilus bis*, o bien como *praefectus castrorum* de una legión.⁴¹⁷

Destacamos que a finales del siglo III y principios del IV, la estructuración del Estado como una monarquía administrativa,⁴¹⁸ el primípilo forma parte de esa nueva organización que rige por disposiciones que le son propias, contenidas en el estatuto de los funcionarios,⁴¹⁹ que establece una serie de beneficios a los miembros del estado imperial, como son los privilegios de reclutamiento:⁴²⁰ los empleados son nombrados por el emperador, y lo son dentro de la misma familia conformándose una verdadera casta, ya que lo aplicaron al personal administrativo el procedimiento de la herencia y también la posibilidad de la venta de oficios,⁴²¹ en especial en el escalafón de los auxiliares-*adjutores*, que les permite una forma rápida de ascenso.

⁴¹⁶ Patricio que lleva ropa de senador. Laticlavia: guarnecido de una banda de púrpura. Bordado de púrpura. MACCHI, L. (1966). *Diccionario de la Lengua Latina*. 6ª edición. Buenos Aires: Don Bosco.

⁴¹⁷ <https://es.wikipedia.org/wiki/Primuspilus>

⁴¹⁸ HOMO, *op. cit.*, p. 451.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 455.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 456.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 456.

El privilegio de adelanto asegura al funcionario un sistema de promoción establecido en forma estricta y bien definida, con base en la antigüedad de desempeño del cargo, lo cual no excluía la arbitrariedad del tráfico de influencias.⁴²² Contaban también con privilegios financieros que se traducen en un sueldo regular y la dispensa⁴²³ de algunos impuestos y de prestaciones, y le aseguraba un retiro, después de haber cumplido, según la importancia del empleo, una cantidad de años de servicio.

Además, gozaban de privilegios jurídicos, y así como empleados del Estado, quedaban sustraídos de la justicia regular, siendo el jefe de servicio el juez que entendía en todas las causas, ya sean civiles o criminales en las que el funcionario resulte involucrado, y la resolución era inapelable.⁴²⁴ Sumado a todo ello, detentaba privilegios honoríficos, que jerarquizaban aún más la función que cumplían.⁴²⁵

Con base a lo expresado respecto de la figura del primípilo, podemos concluir que en este Libro XII del Código encuentra plena aplicación el principio de utilidad pública, por vía de los privilegios acordados a los funcionarios que cumplían servicios para el Estado, luego de las reformas de Diocleciano y Constantino, principalmente.

Es más, si consideramos las cuatro leyes o constituciones que componen el Título LXIII, notamos claramente la aplicación de los beneficios de los cuales gozaban los funcionarios y que eran extensivos a sus herederos, en detrimento de los acreedores que resultaren tales, en virtud de otros títulos.

⁴²² *Ibidem*, p. 457.

⁴²³ *Ibidem*, p. 457.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 457.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 457.

II. Utilidad pública en Roma. Concepto

El concepto surge claramente de la misma expresión, tanto latina como castellana, y si recurrimos al diccionario vemos que *utilitas* significa en la primera acepción utilidad, provecho, interés.⁴²⁶ Utilidad, ventaja, provecho.⁴²⁷ La palabra castellana *utilidad* expresa condición de útil; en otra acepción, interés, fruto o provecho.⁴²⁸ *Utilidad*: del latín *utilitas-atis*. f. calidad de útil, beneficio, provecho, conveniencia o interés que se obtiene de una cosa.⁴²⁹ Por otro lado, *publica. orum*, n, pl. importa: las rentas de un estado.⁴³⁰ Asimismo, *publica*, voz lat. rentas o ingresos estatales.⁴³¹ El término castellano *público, ca*: del latín *publicus*, adj. Expresa: notorio, manifiesto, patente, visto o sabido por todos; también, vulgar, común y notado de todos. En otra acepción, dicese de la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa, como contrapuesto a privado. Perteneciente a todo el pueblo.⁴³²

Al respecto, expresa Toribio Núñez Sessé, jurista, canonista, político y traductor español:⁴³³ “Utilidad es un término abstracto que expresa la propiedad o tendencia a preservar algún mal, o procurar algún bien. Mal es pena, dolor o causa de dolor. Bien, es placer o causa de placer, lo que conforma con la utilidad de un individuo, en lo que aspira a

⁴²⁶ MACCHI, *op. cit.*

⁴²⁷ VOX. (1989). *Diccionario ilustrado. Latino-Español. Español-Latino*. Buenos Aires: Red Editorial Iberoamericana S.A

⁴²⁸ TUTOR (1974). *Diccionario enciclopédico ilustrado Sopena*. Tomo II. Buenos Aires: Sopena.

⁴²⁹ SAPIENS (1961). *Enciclopedia ilustrada de la lengua castellana*. Tomo. III. Buenos Aires: Sopena.

⁴³⁰ MACCHI, *op. cit.*

⁴³¹ CABANELLAS de TORRES, G. (2007). *Diccionario de Derecho Romano y latines jurídicos*. Buenos Aires: Heliasta SR,.

⁴³² SAPIENS, *op. cit.*

⁴³³ https://es.wikipedia.org/wiki/Toribio_Nuñez_Sessé

aumentar la suma total de su bienestar. Lo que se conforma con la utilidad de una sociedad en lo que aspira a aumentar la suma del bienestar de los individuos que la componen”.⁴³⁴

II. a. En el derecho honorario

Encontramos la expresión utilidad pública, en la obra *Definiciones, Libro II* de Papiniano que figura en el Digesto, Libro I, Título I, Fragmento 7, parágrafo 1, el cual define al derecho pretorio distinguiéndolo del derecho civil. En el mismo, justifica con base en la utilidad pública la actividad del pretor, que intervenía sobre el derecho civil quirritario introduciendo modificaciones. Así lo expresa Zoltan Mehesz: “(...) la jurisprudencia pretoriana servía a fines próximos para corregir las iniquidades y suplir las lagunas del derecho estricto y quirritario romano; perseguía también fines remotos en cuanto su principal tarea era auxiliar (*ad iuvare*) al derecho civil, solamente por razones de utilidad pública (*propter utilitatem publicum*)”.⁴³⁵

Como puede observarse, el pretor actuaba para beneficiar a toda la sociedad intentando que el derecho civil arcaico que tiene su origen en las costumbres de los antepasados, *mores maiorum*, sirviera a los requerimientos de ese momento, introduciendo principios como el de la “*aequitas; bona fides, publica utilitas*” con el fin de “ir atenuando o suprimiendo el rigor del antiguo *ius* y permitir una más flexible y justa aplicación del derecho”.⁴³⁶

⁴³⁴ NÚÑEZ, T. (1820). *Principios de la Ciencia Social*. Salamanca: Imprenta Nueva Salamanca, p. 136

⁴³⁵ ZOLTAN MEHESZ, C. (1967). *El Pretor y la jurisprudencia pretoriana*. Córdoba: Editorial Universitaria de Córdoba, p. 108.

⁴³⁶ DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. (1991). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 83.

De lo expresado, surge que las modificaciones efectuadas al derecho quirritario, en razón de utilidad pública, no fueron en detrimento de los intereses de los particulares, puesto que la actuación del pretor tenía origen en la necesidad de solucionar un caso concreto, que no estaba protegido por la ley, por ello expresa que “servía de esta manera por medio de la utilidad privada, directamente a la pública”.⁴³⁷

En este período republicano, se entiende que el principio de utilidad pública justifica la intervención del pretor sobre el derecho civil quirritario, porque en opinión de Cicerón “los pretores nunca dejaron de interpretar las leyes, ajustándolas según la utilidad de la República”.⁴³⁸

II. b. Durante el Alto y Bajo Imperio

En este período, la dirección de toda la política y la vida social se encuentra dirigida desde el Estado, que en su organización, cada vez más centralizada, culmina en época de Diocleciano con una burocracia que hace sentir su presencia con gravámenes de los que ninguna parte del Imperio se encuentra exento. “Diocleciano extiende el pago del *tributum* a los fundos del suelo itálico, por lo que esta península pasa a ser una provincia más”.⁴³⁹

En este contexto emerge un nuevo principio, o si se quiere un nuevo aspecto del mismo principio, que extenderá su influencia a todas las instituciones del interés público. Aunque puede verificarse una diferencia entre la mirada en el plano político que en el jurídico, muy pronto convergen, porque no debe olvidarse que los más destacados juristas como Papiniano, Paulo y Ulpiano fueron funcionarios al servicio del

⁴³⁷ ZOLTAN MEHESZ, *op. cit.*, p. 120.

⁴³⁸ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 115.

⁴³⁹ DI PIETRO, A. (1996). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 121.

Estado y por lo tanto un importante instrumento de la política que llevaba a cabo el gobierno.

Lo explica Rostovzev, quien expresa: “Desde finales del Siglo II se advierte un predominio de los intereses del estado frente a los de la población lo que significó uno de los factores decisivos de la decadencia del Imperio. El Estado, trataba de salvarse a expensas de la comunidad de los individuos transformando aquella política que, bajo algunos príncipes había sabido armonizar los intereses públicos con la prosperidad de los ciudadanos”.

En adelante el principio de la utilidad pública se entiende como utilidad común o utilidad de la *societas hominum*, al modo de la idea de Cicerón. Adquirirá otro significado, hasta llegar a constituir un principio de acción política.⁴⁴⁰

En esta época, las grandes construcciones que emprende el Estado en materia de obra pública y que constituyen todo un símbolo de la civilización romana supuso en muchas ocasiones confrontación entre los intereses públicos y privados.⁴⁴¹

III. Acueducto romano. Origen. Concepto

Las grandes construcciones realizadas por especialistas romanos, que trasladaban el agua por lo general desde los manantiales o aguas subterráneas provenientes de pozos que pertenecían a propiedades privadas o públicas debido a las necesidades de ciudades, pueblos o regiones, fueron llamados acueductos.

⁴⁴⁰ LÓPEZ, J. L. (1985). *De la utilitas pública al interés público del artículo 35 del Código Civil español*. Madrid: Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, p. 50.

⁴⁴¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, citado por Vanessa Ponte Arrebola, *Expropiación forzosa y vías públicas*, p. 253. Disponible en: https://www.iustel.com>detalle_revista.

Estas edificaciones formaban parte de lo que denominamos obra pública, que la realizaban para el suministro del agua, y en ella había dos finalidades concretas: por un lado la prestación del servicio de agua, y a su vez, el poder de admirarlas, y las ejecutaron con tanta precisión, perdurando hasta la actualidad como la confirmación de un pueblo poderoso dedicado también a la arquitectura.

III. a. Características

En el ámbito arquitectónico sobresalieron en la realización de arcos, aplicándolos en muros, para luego utilizarlos en columnas y dinteles. Esta era la obra por parte del Estado y estos elementos fueron aprovechados para la edificación de los acueductos.

Estos trabajos fueron erigidos en diversas provincias del Imperio, época en que aplicaron diferentes servicios públicos.

III. b. Estructura del acueducto

El romano aplicó especialmente el arco de triunfo. Los más antiguos eran de una sola arcada sostenida por grandes pilares, que a su vez soportaba un ático con una inscripción principal y completada con decoraciones. Estos representaban el paso del emperador o la victoria de un general.

La descripción de estos elementos la encontramos en los acueductos hispanos, cumpliendo una función de necesidad, el paso del agua con una altura determinada, y otra, que sirve como puerta de la ciudad, aunque no son todas.

Desde otro punto de vista, manifiestan que hay un vínculo entre la naturaleza y lo urbano, ya que la construcción de los acueductos dependía de las pendientes del terreno. Con relación al agua, no podían verla correr en el acueducto, al quedar el canal cerrado en la parte superior.

Adosada a la arquitectura estaba la ingeniería, con sus técnicas para los problemas planteados como desniveles para conducir y abastecer de aguas a la ciudad, construir un puente para pasar un río, entre otros.

Las construcciones de estos monumentos eran realizadas por una mano no calificada, como los esclavos o soldados empleados en tiempo de su inactividad. Estos operarios no gozaban de un estilo en el detalle de su trabajo.⁴⁴²

III. c. Categoría jurídica. Acueducto

En el ámbito jurídico, el acueducto puede ser considerado una “*res universitatis*” cosa que pertenece a la ciudad, al municipio, colonia u otro ente público, destinado a la colectividad. Por tal causa su régimen jurídico era “*res publica*”, tal como lo expresa el profesor Fernández de Buján.⁴⁴³

Continuando con la posición del jurista mencionado anteriormente con relación al acueducto, puede encuadrarse por razón de su destino o utilización pública que no es necesario un acto formal de la *publicatio*. Las características de la “*res publicae*” (en público uso)⁴⁴⁴ son aquellas que pertenecen al *populus* o a un ente público: gozar de un régimen de uso, la *publicatio*, destino natural o vetustas, inalienable, fuera del comercio, imprescriptible el bien, no puede ser adquirido por usucapión de un particular, nulidad de estipulaciones, legados, entre otros.

Los encargados hasta la época del principado fueron los censores,

⁴⁴² MALAME OSUNA, B. (2005). “Las Contribuciones forzosas de los particulares a las obras públicas.” En *RGDR*, 4.

⁴⁴³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2011). “Derecho Administrativo romano: instituciones, concepto, principio y dogmas.” En *RGDR*, 16, p. 33.

⁴⁴⁴ FERNANDEZ DE BUJÁN, A. (2009). *Derecho Público Romano*, 12° edición. Madrid: Civitas, p. 252.

magistrados competentes, y a partir de estos tiempos serán el príncipe y funcionarios especiales como el *aquarum*.

IV. Algunos acueductos

Atento a los datos obtenidos, el primer acueducto de la ciudad se creó en el año 312 a. C. y se lo llamó Aqua Appia, encargado por el censor Apio Claudio el Ciego, y fue un gran proyecto público de la época.

El acueducto era un conducto enterrado, aparentemente seguro, que se alimentaba de un manantial de agua que estaba ubicado a 16,4 kilómetros de la ciudad de Roma, con un desnivel de 10 metros, suministrando alrededor de 75.500 metros cúbicos de agua por día. Esto fue calculado por el ingeniero Sexto Julio Frontino, dirigiéndose el agua a la fuente del mercado vacuno de la misma ciudad, llamado el Foro Boario, uno de los lugares públicos más deprimentes de dicha ciudad.⁴⁴⁵

Otro de los acueductos fue el de Aqua Vetus, el segundo en realizarse, cuarenta años más tarde, y pagado con los tesoros confiscados de Pirro en Epiro. Su derrame era el doble del Aqua Appia e ingresaba a la ciudad a través de arcos elevados, suministrando agua a las partes más altas de la ciudad.

En el año 145 a. C. hubo una gran demanda por la provisión del agua, lo que alteró a los directivos del momento, que formaron una comisión oficial observando que los conductos del acueducto no gozaban de un buen mantenimiento y este problema era producido por fugas, cortes ilegales, entre otras.

Ante esta situación, el pretor Quinto Marcio Rex realizó los arreglos necesarios introduciendo otro suministro el Aqua Marcia, considerándola

⁴⁴⁵ PLATNER, S. (1929). *Topographical Dictionary of Ancient Rome*, Oxford: Oxford University Press, p. 29.

como más saludable, y fue el acueducto más largo de Roma, con un costo de 180.000.000 de sextercios, tardando dos años para finalizarlo. Pero las demandas continuaron y construyeron más acueductos, como la Aqua Tepula en el 127 a. C. y la Aqua Julia en el 33 a. C.

Mencionamos, entre otros, el realizado en tiempo de Augusto, el Aqua Virgo, y el Aqua Asietina, de corto conducto este último. Ambos completaron el Aqua Marcia, con agua de excelente calidad. Más tarde, el emperador Calígula inició dos acueductos que luego fueron finalizados por Claudio, su sucesor: el Aqua Claudia, de 69 km, y el Anio Novus, el más alto de todos.

Los acueductos construidos hasta ese momento formaron uniones entre ellos, por lo tanto surgieron alimentaciones tributarias y depósitos de distribución para distintos lugares de la ciudad. Varios de ellos fueron enterrados a través de tuberías de plomo, formando sifones invertidos.⁴⁴⁶

El emperador Trajano en el año 109 construye el Aqua Traiana, llevando agua desde los acuíferos ubicados cerca del lago Bracciano a Trastevere.⁴⁴⁷

La ciudad llegó a tener once acueductos, financiados por el Estado a fines del siglo III, con una longitud aproximada de 800 km de los cuales 47 de ellos fueron construidos por encima del nivel del suelo, con soporte de mampostería y una suministración de agua de un millón de metros cúbicos al día.

Otros acueductos fuera de la ciudad fueron el de Zaghouan, con una longitud de 92,5 km, del siglo II (suministró a Cartago, hoy Túnez), el del Puente Gard en la Galia, el acueducto de Segovia en Hispania y el de Valente en Constantinopla, con una extensión de 240 km.

⁴⁴⁶ TAYLOR, R. (2002). "Tiber River bridges and the development of the Rome." En *The waters of Rome*, Vol. 2, p. 16 ss.

⁴⁴⁷ VILLALBA IVARNEDA, P. (1996). *Roma a través dels historiadors classics*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, p. 149.

IV. a. Diversos aspectos de los acueductos

Las construcciones realizadas, ya sea pertenecientes al Estado o a los particulares, debían estar regidas por la ley. Por lo tanto, los proyectos eran aprobados por el Senado o las autoridades locales, quienes tenían en cuenta si la propuesta respetaba los derechos de agua de otros ciudadanos y ésta era compartida según las necesidades.

La inspección y mantenimiento de los acueductos estaban a cargo de patrullas de trabajo, quienes limpiaban las algas y residuos de otras especies sueltas, además de reparar, entre otras actividades.

La administración de los acueductos estaba bajo la autoridad de un comisario de aguas, y en el año 97 Frontino sirvió como cónsul y *curator aquarum*, inclusive en la época de Nerva.

En tiempo del emperador Claudio, los equipos de mantenimiento llegaron a ser 700 personas financiadas por medio de impuestos y supervisadas por un *procurator aquarium*, cuya tarea era rutinaria, como patrullaje, inspección, limpieza y demás.

En las tuberías oficiales observaron que había inscripciones con ciertas informaciones sobre el fabricante de la tubería, quién la instaló, el suscriptor y su dueño.⁴⁴⁸

Con relación a la construcción de un acueducto, debía considerarse la agrimensura, si éstos eran subterráneos o no, y la obra no era realizada de una sola vez. Por tal situación, los ingenieros la dividieron en zonas separadas. Además, la agrimensura era independiente de la construcción.

Además, en cada metro de acueducto excavaban de tres a cuatro metros de tierra, seguida de 1,5 metros cúbicos de hormigón y ladrillo, para finalizar con un sellado de escayola. Requerían de una mano de obra de 2.500 trabajadores para finalizarlo en 16 meses y tenían en cuenta las cuestiones meteorológicas para su realización. Luego rellenaban las

⁴⁴⁸ TREVOR HODGE, A. (2002). *Roman Aqueducts and Water Supply*, Duckworth Archaeology. Bristol: Bristol Classical Press, p. 305-311.

zanjas, aplanaban la superficie y construían un camino para mantener estas edificaciones.

El hormigón que usaban era una mixtura entre cal, arena, piedra y agua que fue llamado *opus caementicium*,⁴⁴⁹ y son varios los aspectos a tener en cuenta para su realización.

V. Servidumbre

Al plantearse el tema de la servidumbre de acueducto, consideramos conveniente determinar en saber primeramente qué son las servidumbres y en qué derecho están ubicadas.

V. a. Origen jurídico

Partiremos del término patrimonio, en un sentido amplio y jurídico, que es el conjunto de derechos y cargas generalmente en dinero que tiene una persona. Por lo tanto, distinguimos una parte activa que comprende el conjunto de derechos y bienes y otra pasiva, como el conjunto de cargas, deudas y obligaciones.

Según las interpretaciones dadas por las fuentes romanas, el patrimonio fue siempre un monto positivo de todos los bienes, créditos, derechos y acciones. Además, para calcularlo deberían deducirse las deudas y los derechos de terceros contra él.

Por tales motivos, el patrimonio romano no es un atributo de la personalidad sino una entidad jurídica protegida por la ley o una universalidad jurídica.

⁴⁴⁹ CRIADO, M. A. "Descubierto el ingrediente secreto que explica la fuerza del hormigón de la antigua Roma". En *El País*, 4 de julio de 2017.

De este pensamiento fueron excluidos los derechos individuales y sus cargas, los derechos de potestad y las acciones de Estado. Los únicos que están incluidos en el patrimonio son los llamados derechos reales y personales.

Esta denominación de reales y personales fue colocada por los comentaristas modernos, ya que no fueron tratados de esta forma por los jurisconsultos romanos. Ellos los expresaron como acciones *in rem*, cuya característica era la *vindicatio*, y en las acciones *in personam*, como las *condictiones*.

Esto lo encontramos expresado en el Libro XLIV del Digesto, Título VII, cuya rúbrica manifiesta “De las obligaciones y de las Acciones” y en el Fragmento XXV de su *Principium*, donde Ulpiano dice: “Dos son las especies de acciones: la real, que se dice reivindicación, y lo personal, que se llama condición. Acción real es aquella por la cual pedimos una cosa nuestra, que es poseída por otro, y es siempre contra el que posee la cosa. Es acción personal aquella con la que litigamos contra el que se nos obligó a hacer o a dar alguna cosa, y siempre tiene lugar contra el mismo”⁴⁵⁰.

En definitiva, el término “real” fue empleado por los comentaristas para traducir la forma “*actio in rem*”, y en un sentido contrario, lo personal que lo denominan *in personam*, la acción que protege una *obligatio* y se llama *in rem*, lo que protege cualquier otro derecho que no sea el de obligaciones.

Por lo tanto, los derechos reales son aquellos que se ejercen directamente sobre la cosa, creando una relación directa e inmediata entre el titular del derecho y la cosa objeto de él. En tanto, los derechos personales son los que poseemos en contra de una determinada persona y nos facultan para exigir el cumplimiento de un hecho o de una abstención, o bien aquellos que por su naturaleza deben ser ejercidos únicamente contra la persona obligada y contra aquellos que son parte en los contratos.

⁴⁵⁰ D. 44. 7. 25 pr.

Nuestro estudio está asentado en los derechos reales, que a su vez se dividen en derechos reales sobre cosas propias, como la propiedad, y derechos reales sobre cosa ajena, donde ubicamos a las servidumbres prediales o reales y personales. Las primeras pueden ser rústicas y urbanas, en los cuales basaremos el trabajo, y las personales en los cuales encontramos el usufructo, uso, habitación y *operae servorum*. Nos detendremos en la temática de las servidumbres prediales o reales, que es nuestro objetivo.

V. b. Etimología. Definición. Clases

La palabra servidumbre proviene de la locución latina “*servitus*”, que indica una relación de sumisión, una restricción de la libertad, y ella está cimentada sobre el estado de la propiedad, es decir, ésta debe ser libre y el propietario procura obtener todas las ventajas que ella otorga.

Con relación a la definición, las fuentes no la expresan concretamente pero sí nos entregan elementos, requisitos que más tarde los estudiosos medievales tratarán de armar las distintas definiciones, características, entre otras. Podemos mencionar, por ejemplo, la manifestada por el Dr. Álvaro D’Ors que expresa lo siguiente: “Se llaman Servidumbres, ciertos derechos reales que los propietarios de predios vecinos pueden establecer voluntariamente para que un predio, llamado Sirviente sirva a otro, llamado Dominante, de manera permanente, la ventaja directa de un uso limitado”.⁴⁵¹

Aquí menciona que los predios deben ser vecinos, contiguos, pero no siempre es necesario, ya que hay ciertos fundos que están separados por una vía pública, un puente, un río, no impide el uso directo.

Observamos que esta figura está integrada por dos partes. Una que es

⁴⁵¹ D’ORS, A. (1986). *Derecho Privado Romano*. 6° edición. Pamplona: Universidad de Navarra, p. 246.

el sirviente, quien va soportar, tolerar a la otra parte que es el dominante, quien ante la necesidad de él u otros por cuestiones económicas o agrarias debe buscar una solución a sus problemas.

El interés de esta institución es tratar de canalizar las aguas dentro del orden público o privado y dentro las necesidades de los ciudadanos.

En este momento nos dedicaremos a las servidumbres prediales o reales, ya que son las más antiguas en Roma y era un derecho establecido sobre un inmueble en provecho del otro inmueble. Aquí radica la importancia de la utilidad al fundo dominante, especialmente en interés de la agricultura, o bien en las necesidades de la vecindad.

Cuando nos referimos a las servidumbres prediales distinguimos dos clases, las rústicas y las urbanas, la primera dedicada a los campos y considerada *res mancipi*, mientras que las urbanas son aquellas aplicadas a los edificios, construcciones en la ciudad.

Las prediales rústicas son las más vetustas y consideradas las de Iter, Actus y Via; éstas, conjuntamente con las de acueductos, son las más añosas. En cuanto a las urbanas, están las servidumbres para verter aguas pluviales gota a gota o a través de un canal. Además, encontramos servidumbres de desagüe de aguas fecales por tuberías a través de un fundo sirviente. Nuestro estudio está ubicado en la primera de ellas.

VI. Servidumbre de acueducto. *Corpus Iuris Civilis*

Anteriormente hemos mencionado la servidumbre de acueducto, que pertenece al grupo de prediales o reales, y éstas tienen su origen en las servidumbres legales ya existentes y que en el derecho romano las denominaron servidumbres públicas, en un sentido contrario a las privadas. Dependían de una necesidad pública, es decir, de un interés colectivo o de los particulares.

Cuando hace referencia a la servidumbre pública, la intervención dependía del Estado en forma permanente y legal, respondiendo a una

situación de hecho. En cambio, la privada era establecida por convenio de los particulares y de carácter convencional.

El profesor romanista italiano Vittorio Scialoja manifestó que, al fundar nuevas colonias por las conquistas realizadas, optaron por dividir las tierras en lotes y las adjudicaron a los particulares por medio de una ley u ordenanza donde se determinaron los límites y las normativas para una buena administración.

Además, se reglaron las relaciones y derechos a los que estaban sujetos a los predios con relación a otros, basados en la buena vecindad. Por lo tanto, un predio puede estar obligado a soportar un gravamen en favor de su vecino que está en una situación desventajosa. Por ejemplo, la ley podía determinar un caso concreto como el paso del agua por un predio, destinado a un vecino que carecía de ella.

Estas normativas fueron de carácter obligatorias y al predio favorecido de un derecho le aportaba una utilidad, mientras que para el otro era una obligación que le traía aparejado un perjuicio.

Las leyes del momento fueron expresadas por diversos jurisconsultos, entre ellos Ulpiano, citado en el Digesto, Libro X, Título II, cuando manifiesta: “(...) pero también al adjudicar podía imponer alguna servidumbre para que de las cosas que adjudique, una sirva a la otra”.⁴⁵²

Continúa Ulpiano en el mismo Libro: “(...) que si el árbitro adjudicase a dos personas el fundo no tributario, dividido en dos regiones, puede imponer servidumbres como si fuesen dos predios”.⁴⁵³

Relacionado a esto, al emperador Constantino eximió a los poseedores de terrenos atravesados por servidumbres públicas de acueducto de toda otra carga como compensación del gravamen que les imponían.

También estableció que no plantaran árboles a menos de 15 pies, para el romano un pie equivalía a 29, 57 cm., tanto a la derecha e izquierda

⁴⁵² D. L. X. Tit. II.

⁴⁵³ D. L. X. Ulpiano.

del acueducto, determinando el juez que los cortaran si los hubiere y quien los plantara perdía el fundo.

De los acueductos públicos, no podía extraerse agua salvo para fines requeridos, por ejemplo, cuando adquirían el uso del agua por tiempo inmemorial. En tal caso, estaban protegidos por un interdicto.

En el caso de quien extraía agua de un acueducto sin autorización, le imponían una pena y la pérdida del fundo que pretendía fertilizar, y éstas eran agregadas al patrimonio del emperador.

La cantidad de agua a conducir debía fijarse de acuerdo a la costumbre del lugar y no a las necesidades del predio dominante, y con mayor razón al predio sirviente si las necesitaba.

Además, la servidumbre de acueducto era incompatible con la servidumbre de paso, es decir, no podían construirse ambas en el mismo lugar.

Cuando no hubiera lugar destinado para una servidumbre de acueducto podía realizarlo el dueño del fundo dominante con una gran prudencia. Pero una vez construido no podía modificar su dirección, sí reparar lo necesario, levantar el nivel, dejar el espacio de ambos lados y depositar los materiales que obstruyeran el paso del agua. El agua concedida no podía utilizarse para otros fines sino para el otro fundo destinado.

Podemos manifestar que es amplio el tema de las servidumbres de acueductos para tratar en este momento y que dejamos para otra oportunidad.

SEGUNDA PARTE

Servidumbre de acueducto en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

I. Acueductos en la actualidad. Generalidades

Al introducirnos en esta etapa, nos dirigimos al diccionario de la Real Academia Española que nos manifiesta que el acueducto deriva del latín *aquaeductus*, de *aquae* “de agua” y de *ductos* “conducción”. Se trata de un conducto de agua formado por canales y caños subterráneos, o por arcos levantados.⁴⁵⁴

La construcción de estos conductos tiene como principal objetivo el de proveer de agua potable a las regiones que carecen de este elemento vital para todos los seres humanos, así como también para los animales y vegetales, y que reconocemos su importancia cuando nos encontramos privados de su utilización.

Asimismo, dichas obras deben ser realizadas de tal manera que no ocasionen un grave impacto ambiental. Por ello es necesario que realicen los respectivos estudios para lograr reducir las consecuencias nocivas que provocarían al ambiente en el cual se ejecutan.

En la provincia de Córdoba, en febrero de 2021 el gobernador anunció la construcción de diez acueductos troncales, los cuales beneficiarán a numerosas localidades, mejorando notablemente la calidad de vida de sus pobladores. Ello demuestra que en la actualidad su construcción no ha cesado, sino por el contrario, se ha incrementado, ya que es una de las principales maneras de abastecer a las poblaciones de agua apta para su consumo sin riesgos.

En esta segunda parte de nuestro trabajo nos abocaremos a desarrollar

⁴⁵⁴ <https://dle.rae.es/acueducto>.

brevemente el aspecto legal de las servidumbres de acueductos, especialmente lo regulado en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en el actual Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

II. Código Civil de Vélez Sarsfield. Servidumbre de acueducto

En el Código Civil del gran jurista Dalmacio Vélez Sarsfield encontramos reguladas a las servidumbres en el Libro Tercero, en el Título Duodécimo “De las servidumbres” y décimo tercero “De las servidumbres en particular”, en los artículos 2970 al 3107 inclusive.

La servidumbre de acueducto es tratada en el Título Décimo Tercero, en el Capítulo II “De la servidumbre de acueducto”, que consiste en el derecho real de hacer entrar agua en un inmueble propio, las cuales vienen por heredades ajenas o de conducir las pasando por un fundo ajeno.⁴⁵⁵

Esta servidumbre puede ser legal, si es impuesta por la ley, o convencional, es decir, se constituye por la voluntad de las partes. Asimismo, puede ser personal o real, pero en caso de duda la ley la considera real.⁴⁵⁶ Como no requiere para su ejercicio⁴⁵⁷ del hecho actual del hombre, es

⁴⁵⁵ Artículo 3082: “Toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto en favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, o en favor de un pueblo que las necesite para el servicio doméstico de sus habitantes, o en favor de un establecimiento industrial, con el cargo de una justa indemnización. Esta servidumbre consiste en el derecho real de hacer entrar las aguas en un inmueble propio, viniendo por heredades ajenas”.

⁴⁵⁶ Artículo 3083: “La servidumbre de acueducto, en caso de duda, se reputa constituida como servidumbre real. Es siempre continua y aparente, y se aplica a las aguas de uso público, como a las aguas corrientes bajo la concesión de la autoridad competente; a las aguas traídas

continua, y se conserva aunque deba abrirse una compuerta para que fluya el agua, porque el “agua seguirá corriendo de un predio a otro, aunque ningún hombre aparezca en el lugar” (última parte de la nota al artículo 2975).⁴⁵⁸

Servidumbre legal: toda heredad está sujeta a la servidumbre legal de acueducto en favor de otra que carezca de las aguas necesarias para: a) cultivo de sementeras, es decir tierras sembradas, b) plantaciones, c) pastos, d) establecimientos industriales, e) pueblos que las necesiten

a la superficie del suelo por medio artificiales, como a las que naturalmente nacen; a las aguas de receptáculos o canales pertenecientes a particulares que hayan concedido el derecho de disponer de ellas.”

⁴⁵⁷Artículo 2975: “Las servidumbres son continuas o discontinuas. Las continuas son aquellas cuyo uso es o puede ser continuo, sin un hecho actual del hombre, como la servidumbre de vista. Las servidumbres no dejan de ser continuas, aunque el ejercicio de ellas se interrumpa por intervalos más o menos largos a causa de obstáculos cuya remoción exija el hecho del hombre. Las discontinuas son aquellas que tienen la necesidad del hecho actual del hombre para ser ejercidas, como las servidumbres de paso.”

⁴⁵⁸ “(...) Este hecho del hombre constituye el ejercicio del derecho; pues que tal servidumbre no puede funcionar por sí misma. Al contrario, una servidumbre de acueducto es una servidumbre continua, pues que no es por el hecho perseverante del hombre, por una serie de actos del hombre, sino por sí misma y por la naturaleza de las cosas, que el derecho se ejerce y funciona. El agua corre por el acueducto mientras que los dos propietarios están ausentes del lugar, desde que en sí y sin necesidad de un hecho continuo del hombre hay posibilidad de un hecho continuo: la servidumbre es desde entonces continua. Conserva este carácter, aunque el agua no pueda correr, hasta que la mano del hombre haya quitado un obstáculo que se opone. Así, cuando el agua de un canal artificial no puede correr del fundo A sobre el fundo B, sino a condición de levantar una compuerta, entonces es necesario cierto hecho del hombre para el ejercicio del derecho; mas este hecho no es del que habla el artículo. Cuando después de haber abierto el paso al agua, la servidumbre funciona y se ejerce sin ningún hecho actual, el hecho del hombre que abrió la compuerta no constituye el ejercicio de la servidumbre, pues que el agua seguirá corriendo de un predio a otro, aunque ningún hombre aparezca en el lugar.”

para el servicio doméstico de sus habitantes, con el cargo según el artículo 3082 de una justa indemnización.

Están afectados principalmente los terrenos baldíos y aquellos que tengan una extensión considerable. Por ello, las casas, los corrales, patios y jardines que pertenecen a ellos y las huertas cuya superficie sea menor a diez mil metros cuadrados, no están sujetas a la servidumbre de acueducto.⁴⁵⁹

El dueño del predio sirviente tiene derecho a que le abonen un precio por el uso del terreno que fuese ocupado por el acueducto y el de un espacio a cada uno de los costados de no menos de un metro de ancho en toda su extensión, ya sea por convenio de partes o por disposición del juez, y debe sumarse un diez por ciento “sobre la suma total del valor del terreno”, el cual siempre pertenecerá al dueño del predio sirviente.⁴⁶⁰

Los conceptos que debe abonar el propietario o poseedor del fundo dominante son: a) el pago del terreno que ocupe el acueducto; b) el pago de las dos franjas laterales de un metro o más cada una a lo largo de todo el acueducto; c) un diez por ciento más del valor total del terreno, es decir, sobre el valor del terreno que ocupa el acueducto, más el valor del terreno de las franjas laterales.

Con referencia a la servidumbre no legal, ocurre cuando ha sido establecida por acuerdo de partes, por acto de última voluntad, por

⁴⁵⁹ Artículo 3084: “Las casas, los corrales, los patios y jardines que dependen de ellas y las huertas de superficie menor de diez mil metros cuadrados, no están sujetas a la servidumbre de acueducto”.

⁴⁶⁰ Artículo 3085: “El dueño del predio sirviente tendrá derecho para que se le pague un precio por el uso del terreno que fuese ocupado por el acueducto y el de un espacio de cada uno de los costados que no baje de un metro de anchura en toda la extensión de su curso. Este ancho podrá ser mayor por convenio de las partes, o por disposición del juez, cuando las circunstancias así lo exigieren. Se le abonará también un diez por ciento sobre la suma total del valor del terreno. El cual siempre pertenecerá al dueño del predio sirviente”.

destino del propietario, por enajenación que la hizo revivir y por prescripción.

Los derechos del titular del fundo dominante: además de los establecidos para todas las servidumbres, en este caso establece específicamente que el dominante tendrá derecho para alzar o rebajar el inmueble sirviente, con el fin de hacer llegar a su destino las aguas del acueducto, y podrá tomar la tierra o arena que le fuese necesaria.⁴⁶¹

Cuando hablamos de las obligaciones y derechos del titular del fundo sirviente: no puede cubrir el acueducto ni plantar árboles a sus costados sin autorización.⁴⁶²

Puede usar las aguas que corran por el acueducto descubierto y llevarlas a su heredad si con ello no causa un perjuicio al predio dominante,⁴⁶³ porque él no puede menoscabar el uso de la servidumbre constituida.⁴⁶⁴

⁴⁶¹ Artículo 3089: “El dominante tendrá derecho para alzar o rebajar el terreno del inmueble sirviente a fin de hacer llegar a su destino las aguas del acueducto, y podrá también tomar la tierra o arena que le fuese necesaria.”

⁴⁶² Artículo 3092: “No puede cubrir el acueducto abierto para utilizar el terreno, ni plantar árboles en los lados del acueducto sin asentimiento del dueño de la heredad dominante.”

⁴⁶³ Artículo 3091: “El poseedor del inmueble sirviente puede usar de las aguas que corran por el acueducto descubierto, y llevarlas a su heredad, si con esto no causa perjuicio al predio dominante.”

⁴⁶⁴ Artículo 3037: “El dueño del predio sirviente no puede menoscabar en modo alguno el uso de la servidumbre constituida; sin embargo, si el lugar asignado primitivamente por el dueño de ella llegase a serle muy incómodo, o le privase hacer en él reparaciones importantes, podrá ofrecer otro lugar cómodo al dueño del predio dominante, y éste no podrá rehusarlo.”

III. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Aguas y servidumbre de acueducto

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, cuya normativa se encuentra vigente desde el 1º de agosto de 2015, no establece específicamente el acceso al agua como un derecho humano, posibilitando de esa manera su privatización.

En el Libro Primero: Parte General, Título III: Bienes, Capítulo 1 “Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva”, Sección 2 “Bienes con relación a las personas”, el artículo 239 “Aguas de los particulares” dispone:

Las aguas que surgen de los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural. Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho. Pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales. Los particulares no deben alterar esos cursos de agua. El uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles.

El hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno.

Asimismo, en la Sección 3 “Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva”, el artículo 240 expresa:

Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las secciones 1 y 2 debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los

ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

El anteproyecto originario, en su artículo 241, que fue reemplazado, establecía que el agua era un derecho fundamental garantizado, lo que equivale a decir que es un derecho humano. Pero dicho artículo fue modificado por el vigente, que establece: “Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”.

Aquí el agua no es considerada como derecho humano, sino que se sustituye por competencias y presupuestos mínimos. Ello demuestra que dicho cambio obedece a que de ser considerada un derecho humano no permitiría la posibilidad de las privatizaciones, por ende no goza de las características de inalienable, enajenable, irrenunciable e imprescriptible. Si se hubiera legislado como un derecho fundamental del hombre, provocaría el impedimento de su privatización y el correlativo beneficio de los Estados para obtener el canon correspondiente.

El nuevo Código Civil y Comercial regula en el Libro Cuarto “Derechos Reales”, Título XI “Servidumbre”, constando de cuatro capítulos, desde el artículo 2162 al 2183.

El artículo 2162 las define como “el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno. La utilidad puede ser de mero recreo”.

En el artículo 2166 encontramos las servidumbres forzosas, que:

Nadie puede imponer la constitución de una servidumbre, excepto que la ley prevea expresamente la necesidad jurídica de hacerlo, caso en el cual se denomina forzosa.

Son servidumbres forzosas y reales la servidumbre a favor de un inmueble sin comunicación suficiente con la vía pública, la de acueducto cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante, o para la población, y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la

que no resulta perjuicio grave para el fundo sirviente o, de existir, es canalizada subterráneamente o en cañerías.

Si el titular del fundo sirviente no conviene la indemnización con el del fundo dominante, o con la autoridad local si está involucrada la población, se la debe fijar judicialmente.

La acción para reclamar una servidumbre forzosa es imprescriptible.

Esta figura jurídica no puede ser impuesta a otros, ya que presume la libertad de los inmuebles. De dicho principio general deriva que las servidumbres forzosas son excepcionales, por ello nacen en los casos en que fácticamente dan los presupuestos establecidos por la ley. El nuevo Código determina cuáles son las servidumbres establecidas por ley, y determina que las servidumbres forzosas son reales, lo que no se especificaba en el Código de Vélez.

El Código actual denomina servidumbre forzosa a aquellas que la ley permite y grava, con independencia de la voluntad u oposición del titular del fundo sirviente.

Específicamente, cuando hablamos de la servidumbre de acueducto nos referimos a aquellas que permiten el paso de agua por el predio sirviente por medio de una canalización. El beneficio consiste en hacer penetrar en un predio propio el agua que proviene de un fundo ajeno. El derecho corresponde al titular del dominio y a otros poseedores legítimos como pueden ser los usufructuarios.

El artículo establece los elementos necesarios para que el gravamen pueda ser impuesto, es decir, cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el fundo dominante o para la población.

Asimismo, elimina la mención a los inmuebles exceptuados a soportar la servidumbre de acueducto y la innecesaria casuística sobre lo que podía hacer el titular del predio sirviente.

El titular del fundo dominante cuenta con una acción imprescriptible para reclamar en el caso que el propietario del fundo sirviente no aceptara la servidumbre forzosa en su predio.

Dicha acción es la confesoria, cuyo nombre proviene de hacer con-

fesar al demandado el ataque a los derechos inherentes a la posesión del dominante. Trata de hacer reconocer el derecho vulnerado, la cual puede entablarse en contra de cualquiera que obstaculice los derechos inherentes a la posesión de otros.

Si la sentencia resulta favorable al titular del fondo dominante, deberá establecer que haga efectivo el restablecimiento del derecho vulnerado, excluyendo el impedimento.

De esta manera, el propietario del fondo sirviente tiene derecho a percibir una indemnización y en los supuestos que las partes no lleguen a un acuerdo, o con la autoridad local si se encuentra implicada la población, debe ser establecida por el juez.

En el artículo 2175⁴⁶⁵ se establece: “Ejercicio. El ejercicio de la servidumbre no puede agravarse si aumentan las necesidades del inmueble dominante, excepto que se trate de una servidumbre forzosa”.

Ello implica que la servidumbre debe causar el menor daño posible al fundo sirviente, es decir, que el nuevo Código prescribe un principio que proviene del derecho romano, el que establece que no debe agravarse la situación del inmueble sirviente.

Salvo estipulación en contrario, la servidumbre en el acto que le da nacimiento mantiene la extensión y amplitud que posee al momento de la constitución. Esto implica que deben tenerse en cuenta las condiciones del predio dominante, y si se incrementan con el correr del tiempo no serán contempladas para empeorar el ejercicio de la servidumbre.

Al encontrarse en juego intereses contrapuestos, el gravamen será ejercido en la medida necesaria para la satisfacción de las necesidades del fundo dominante, y a la vez ocasionando el menor daño posible al predio sirviente.

Asimismo, debemos realizar una interpretación junto con el artículo

⁴⁶⁵ Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo V. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Disponible en: http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_V.pdf.

2181, para tener en consideración lo que las partes hubieran acordado en el título, y en el caso de no existir pacto expreso, será determinado por el titular de la heredad sirviente.

Cuando la analizamos anteriormente, la regla general tiene una excepción, las servidumbres forzosas, y son excepcionales ya que se dan solo en los supuestos previstos por el artículo 2166, que explicita a las servidumbres de tránsito, de acueducto y de recibir agua.

El incremento sobreviniente de las necesidades puede resultar un agravamiento en el ejercicio del gravamen, lo cual debe ser indemnizado y cuyo monto puede ser pactado por las partes, de lo contrario será determinado por el juez.

Luego de realizar este breve análisis de la servidumbre de acueducto en ambos códigos, podemos decir que el Código Civil de Vélez al legislar esta materia fue mucho más estricto y muy reglamentado, el cual no está reflejado en el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Conclusión

El hombre fue colocado en este mundo por Dios creador y le otorgó dos elementos muy importantes para su vida: la tierra y el agua. Esta última reviste la parte más trascendental para el género humano y las diversas especies que habitan en él.

A raíz de esto, el agua era el signo indispensable para la existencia, pero ante la necesidad de pueblos, ciudades, regiones y demás, el hombre buscó canalizarlas y los grandes acueductos fueron los conductores de ellas. Podían ser de fuentes, ríos, pozos, aguas de lluvias, pero primordialmente ocuparon los manantiales como el recurso hídrico imprescindible y erigieron monumentos a nivel público, por parte del Estado o por medio de particulares para tales fines.

El principio que presentamos de la utilidad pública nos lleva a que

el Estado encargado de mantener su pueblo tomó tierras de él o del *populus* para construir los acueductos y aplicar una normativa ante las carencias de Roma.

Además, coordinamos estas obras magnificas a nivel público a través de la arquitectura, la ingeniería y con un ámbito de estética por medio de la decoración, con las servidumbres de acueductos, ya sea realizadas por el Estado o el particular.

Las normativas del *Corpus Iuris Civilis* coinciden con las disposiciones de Vélez Sarsfield, con abundantes notas y citas al respecto, mientras que en el Código Civil y Comercial de la Nación son escasas. Pero a pesar de todo, nuestra raíz romanista continúa plasmada en la actualidad para nuestra patria Argentina.

La relación *pater-filius*: desafíos en el ejercicio de la autonomía del menor

Por Susana Isabel Estrada⁴⁶⁶

Palabras clave: pater; filius; autonomía

I. Introducción

El presente trabajo enfoca el tratamiento de la capacidad de los menores partiendo del análisis en las fuentes romanas, para proyectarla a la regulación en el Código Civil y Comercial y en algunas normas internacionales y trazar un horizonte de continuidad o de ruptura. El análisis se centra en la capacidad para consentir prácticas sobre el propio

⁴⁶⁶ Profesora Asociada a/c cátedra Universidad Católica de Santiago del Estero. Profesora Adjunta a/c cátedra Universidad Nacional de Tucumán. Profesora de posgrado Carrera especialización aprobada por CONEAU, Facultad Medicina UNT. Directora de proyecto de investigación PIUNT26-H/609. Miembro del comité de Bioética para la investigación, Facultad Medicina UNT. Miembro de ADRA, AIDROM y ASLA.

cuerpo, a propósito de que se comenzó a inocular masivamente algunas de las mal llamadas “vacunas” –ya que se trata solo de un fármaco en fase experimental– en niños desde tres años de edad en adelante, supuestamente para controlar la expansión del virus causante del COVID-19. El paso del paternalismo a la autodeterminación marca un cambio significativo enmarcado en las ideas de autonomía y protección, que no son antagónicas sino que se implican unas a otras, en el contexto de vulnerabilidad que rodea al menor de esa franja etaria. La protección diferencial asentada en la noción de vulnerabilidad aparece como un mecanismo equilibrante frente a la debilidad, tendiente a superar las condiciones de desigualdad formal que imponen a los miembros de este grupo el ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esa condición.

II. La evolución en las fuentes romanas

La aptitud de las personas ya sea para ser titular de derechos considerados en sí mismos, ya para su ejercicio, experimentó el influjo de gran número de circunstancias.

Desde la Antigüedad romana, debido a la escasez de conocimientos sobre la biología del ser humano, no todas las fases de la vida del hombre estaban delimitadas de modo tajante.

Según Varrón, en Roma se era *puer* hasta los quince años. La adolescencia (*adulescentia*) duraba de los quince a los treinta y la juventud (*iuventus*), de los treinta a los cuarenta y cinco años. Para Isidoro de Sevilla, la infancia duraba hasta los siete años, la *pueritia* abarcaba de los siete a los catorce, la adolescencia (*adulescentia*) de los catorce a los veintiocho y la juventud (*iuventus*) de los veintiocho a los cincuenta.⁴⁶⁷

⁴⁶⁷ LEVI, G. y SCHIMITT, J. (1986). *Historia de los jóvenes*. Madrid: Taurus, p. 87

A decir del pasaje transcrito existían discrepancias respecto a los años que marcaban el paso de una edad a otra, pero en lo que había coincidencia era en las pautas de comportamiento que se debían observar en cada período que respondían a normas éticas, al Estado o las *mos maiorum* que regulaban las relaciones familiares y las sociales.

Las fases de la existencia física del hombre implicaban cambios en las relaciones sociales, y fundamentalmente en el *status* ontológico del individuo, que dejaba de ser lo que era para transformarse en algo completamente diferente. Así, cada una de las franjas etarias tenía asignadas funciones específicas, dicen Levy y Schmit en *Historia de los jóvenes*: “El niño aprende, el adulto actúa y el anciano transmite”.

De allí las prerrogativas y el poder que ejercía el *paterfamilias* a través de la *patria potestas*. El *filius* mantenía constantemente la *pietas erga parentes* (piedad hacia sus antepasados) observando casi siempre una actitud sumisa, obediente y de respeto hacia el *pater* sin cuestionar sus decisiones.

Desde siempre se distinguió en Roma entre púberos e impúberos o pupilos, expresión según la definición atribuida a Pomponio en Digesto 50, 16, 239: “*POMPONIUS libro singulari Enchiridii: ‘Pupillus est, qui, quum impibes est, desiit in patris potestate esse aut morte, aut emancipatione.* (Dig. 50, 16, 239); *POMPONIO*; Manual, libro único: Es ‘pupilo’ el que, siendo impúbero, dejó de estar bajo la potestad de su padre o por muerte de éste, o por la emancipación (García del Corral, 1892)”⁴⁶⁸

Al principio, la pubertad dependía del desarrollo físico de cada individuo, pero siendo este parámetro poco preciso e individual, la jurisprudencia intentó fijar esa época de una manera más exacta y allí surgieron las posturas de las dos escuelas de derecho de la época, que Gayo resume en Inst. I, 196:

⁴⁶⁸ GARCÍA DEL CORRAL, I. (1892). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Tomo IV. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrugger: Barcelona: Jaime Molinas, p. 942.

196. *Masculi autem cum púberes esse coeperiut, tutela .liberantur. quidem nostri praeceptores puberen cum esse putant, qui habituc orporis pubertate mostendi, hoc est, qui generare potest; sed in his , qui pubescere no, possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis púberes fiunt. Sed diuversa escholae auctores annis putant pubertaten aestimandam, id est, eum puberem esse existimant, qui XIII anuas expleuit* (Gayo Inst. I, 196).

196. Los varones quedan libres de la tutela luego que llegan a la pubertad nuestros maestros creen que es púber aquel que por el hábito exterior de su cuerpo manifiesta la pubertad, esto es, la facultad de engendrar. Mas respecto a aquellos que no pueden pubescer, como los espadones, debe esperarse a aquella edad en que por lo general se hacen púberes los hombres. Mas los autores de la escuela opuesta juzgan que la pubertad debe estimarse por los años, y así solo conceptúan púber al que ha cumplido los catorce (D'Ors, 1943).⁴⁶⁹

Finalmente, Justiniano puso fin a la controversia fijando la edad de la pubertad en los catorce años para el varón y en los doce para la mujer.

Y esa controversia en la Antigüedad se debía a que se tenía un conocimiento rudimentario del cuerpo humano. La medicina científica aparece recién en el siglo III a. C. y con ella los médicos que procedían del mundo griego.

En la época primitiva si bien no había médicos, sí había medicina, escribe Plinio el Viejo (XXIX, 11) en *Historia Natural*. Las terapias usadas por los romanos no fueron totalmente primitivas, sino que hubo algunas racionales de cuño hipocrático y helenístico que habrían de convivir con otras de corte teúrgico, basadas en la práctica mágico-religiosa que pasó de Roma a Bizancio.

En la época primitiva, en Roma no existía una industria farmacéutica, y por lo tanto no había farmacéuticos titulados ni farmacias. En las boticas se expendían ungüentos, drogas, hierbas, pócimas, filtros amorosos

⁴⁶⁹ D'ORS, A. (1943). *Gaius. Instituciones. Traducido del latino*. Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, p. 66.

que generalmente no contenían sustancias químicas nocivas, ni ácidos, ni sueros que pudieran ser peligrosos. Su adquisición y consumo corría por cuenta y riesgo del cliente sin necesidad de receta, por lo que ese tipo de medicina representaba a la vez un peligro y una solución para combatir las enfermedades. La fabricación no estaba controlada por el Estado, y solo si se producía algún daño en la salud intervenía el poder punitivo estatal.

Cuenta Suetonio⁴⁷⁰ que la locura que afectó a Calígula fue a resultas de la ingesta de un afrodisíaco que le suministró su esposa Cesonia: “Créese que Cesonia le dio un filtro para que la amase, que no produjo otro efecto que el de hacerle furioso. Excitábase especialmente el insomnio, porque nunca podía dormir más de tres horas y éstas ni siquiera con tranquilidad [...]” (50. 2. 33. 3).

El *paterfamilias* preparaba las medicinas para todos los miembros de la familia: esposa, hijos, esclavos. Es así que Catón el Censor (Plinio el Viejo, XXIX, 14 y 141) se jactaba de preparar eficaces remedios para los suyos y para sí mismo, lo que muestra que la potestad paterna también se ejercía en este ámbito.

Desde fines de la República se comenzaron a realizar los primeros experimentos médicos, públicos con los soldados de las legiones del ejército. También en las escuelas de gladiadores había médicos, donde surgió uno de los más famosos de la Antigüedad, Galeno de Pérgamo.

Desde los tiempos del derecho romano antiguo, además de la rigurosa formalidad, donde los *verba* tenían un considerable significado, se observaba una preocupación por averiguar la *voluntas*, el *animus*, el *consensus*, lo que evidenciaba un acercamiento a la teoría de la voluntad. Esta como principio se inició en el derecho clásico y se consolidó en el derecho justinianeo cuando se afirmaron los criterios y se dio

⁴⁷⁰ CAYO SUETONIO, T. (1917). *Los Doce Césares*. Traducido por F. Norberto Castilla. Madrid: Librería de Perlado Páez.

mayor atención a la *voluntas* y al *animus* o *consensus*.⁴⁷¹ Pero en el derecho primitivo la voluntad no tenía un rol soberano sino que era indispensable el cumplimiento de solemnidades que tenían mayor fuerza que la propia voluntad del sujeto. Tal afirmación surge de la Ley de las XII Tablas cuando le da fuerza legal a las formalidades de la mancipación: “*Cum nexum faciet mancipiunque, uti lingua nuncupassit itai us esto*” (Tabla VI. 1. De Dominio et possessione);⁴⁷² “Cuando alguien efectúe las solemnidades de la mancipación, sea derecho lo que declare”.

En las primeras épocas se hacía un culto de la forma lo que tiene su razón de ser y sus ventajas, como lo justifica Ihering⁴⁷³ cuando dice: “La forma, enemiga declarada de lo arbitrario, es la hermana gemela de la libertad”.

No obstante los jurisconsultos de esa época no descuidaron la protección a la voluntad individual interna. De ello da cuenta un pasaje de Modestino en el Digesto a propósito de lo que constituye fuente de obligaciones: “*Etiā nudus consensus sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit*” (Dig.44, 7, 52, 9);⁴⁷⁴ “*ed et nutu solo pleraque consistunt*” (Dig. 44, 7, 52, 10).⁴⁷⁵ “También el nudo consentimiento basta para la obligación, aunque la cosa se pueda expresar con palabras. Pero aún con una sola seña subsisten muchas obligaciones”.

⁴⁷¹ ARÍAS RAMOS, J. (1947). *Derecho Romano*. 3ª edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 114.

⁴⁷² <http://users.ipa.net/~tamker/tables.htm>.

⁴⁷³ IHERING, R. (1993). *La lucha por el derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, p. 73.

⁴⁷⁴ GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, T. III, p. 516

⁴⁷⁵ *Ibidem*.

III. La capacidad del menor de edad en el derecho civil argentino

La protección de los menores de edad en el escenario internacional registra un largo camino que culminó con la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 que define a sus destinatarios por la pertenencia a una franja etaria, que lo posicionó como un sujeto de amparo diferencial. El artículo 1 declara: “Es niño todo ser humano menor de dieciocho años”.

Nuestro país, al ratificarla en 1990 por la Ley 23849 con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), declaró que el artículo 1 de dicha Convención debía interpretarse en el sentido que se entiende por niño “todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad”.

A su turno, y particularizando el contenido del Código Civil y Comercial, éste siguiendo con la misma línea señalada en la Convención de los Derechos del Niño denomina menor de edad a la persona que no ha cumplido dieciocho años (art. 25 del CC C). Y declara que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad (art. 51 del CCC).

Eliminó la clásica división romana de púberes e impúberes, y a la vez introdujo en el 2º párrafo de dicho artículo un nuevo rango etario, bajo la calificación de “adolescente”,⁴⁷⁶ ubicándolo a partir de la edad de

⁴⁷⁶ Estudios recientes han demostrado que los adolescentes no han completado su desarrollo cerebral, desmintiendo así la creencia que se tenía hasta no hace mucho de que la arquitectura cerebral estaba definida al llegar a la pubertad. De hecho, existen áreas cerebrales fundamentales para el control racional de la conducta, como la corteza prefrontal, que no completan su desarrollo hasta la tercera década de la vida. Esto ha llevado a algunos autores a sostener que la doctrina del menor maduro pone en peligro a los menores de edad y que debería ser abandonada. Ver OLIVA DELGADO, A. (2007). “Desarrollo cerebral y asunción de riesgos durante la adolescencia.” En *Apuntes de Psicología*, Vol. 25, Nº 3, p. 241.

trece años y otorgándole capacidad de obrar plena para el ejercicio de algunos derechos sobre su propio cuerpo.

El menor de edad por su situación de vulnerabilidad y dependencia es considerado un incapaz de hecho, acorde con los postulados de la Convención de los Derechos del Niño y criterio adoptado por otros instrumentos internacionales.⁴⁷⁷

El Código, en el libro 1º, título I, capítulo 2, sección 1º, en el artículo 24 bajo el título “Personas incapaces de ejercicio”, enumera y entre ellas menciona, en el inciso b “[...] la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2ª de este capítulo”.⁴⁷⁸

En el ámbito particular de las decisiones referidas al propio cuerpo, la capacidad progresiva se manifiesta en la posibilidad de otorgar el consentimiento informado para determinadas prácticas.

El artículo 26 en el 1º párrafo expresa: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”. Por su parte el inciso b del artículo 101 enumera a quienes se considera representantes legales y dice: “Son representantes: [...] b) de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe”.

Complementando lo relativo al tutor el artículo 104 establece: “La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su

⁴⁷⁷ Pueden verse, entre otros: Declaración de los Derechos del Niño (1959), Declaración sobre Protección de la Mujer y el Niño (1974), Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980), Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores (1984), Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1989), Resolución sobre la Utilización de Niños como Instrumento para Actividades Delictivas (1990).

⁴⁷⁸ *Infojus, Sistema Argentino de Informática Jurídica*, p. 8

capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental”.

Los párrafos 2° y 3° del artículo 26 rezan:

No obstante la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

El principio general enunciado en el primer párrafo del artículo 26 en consonancia con lo dispuesto en el 101, inc. b, y el 104 en cuanto al ejercicio de los derechos de los menores a través de sus representantes legales, devendría contradictorio con la excepción introducida en este 2° párrafo del mismo artículo 26 que los habilita a actuar sin la intervención de sus representantes legales e incluso con asistencia letrada de un tercero extraño. Ese tercero no está capacitado para dar cuenta de los antecedentes familiares del menor, un elemento central en la práctica clínica ya que se trata de prácticas sobre el propio cuerpo del menor. Desconoce datos genéticos, características hereditarias, particularidades durante la gestación, estilo y condiciones de vida, el entorno familiar, la historia psicosocial del menor.

Una nueva objeción al artículo 26 encontramos en el problema interpretativo que genera la expresión “madurez suficiente” para determinar los alcances de las facultades que el Código le otorgó al menor “adolescente”. Se trata de una locución ambigua, impropia de una norma jurídica, la que debería velar por la mayor concisión y un lenguaje inequívoco y no por la utilización de un lenguaje que no hace sino alimentar la confusa redacción del texto legal y el desacuerdo moral de fondo.

Continuando con el análisis del artículo 26 la presunción introducida en el 4° párrafo tampoco viene a echar luz para la interpretación:

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos [...]. Si se trata de tratamientos invasivos [...], el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

De la redacción de los párrafos 2° y 4° del artículo 26 analizados se desprende que en ambos casos la situación podría terminar dirimiéndose judicialmente. Una vez más, la redacción del Código muestra más tener como destinatarios a los jueces que a los habitantes del territorio de la República.

En virtud del 4° párrafo del artículo, cualquier adolescente de 13 años o más podrá vacunarse sin autorización de los padres, aún más sin conocimiento de los padres y sin tener la obligación de hacerles saber, lo que está en abierta contravención a la Ley 26529/09 de Derechos del Paciente.

Pasando al análisis del consentimiento de los menores para prácticas médicas, una de las normas sobre investigaciones en seres humanos es el artículo 58 que establece que aquellas cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente solo pueden realizarse si se cumplen una serie de requisitos establecidos en sus nueve incisos.

Hasta la crisis del COVID-19 y la Ley 27573/2020 que permite la concesión de autorizaciones de emergencia, resultaba de aplicación a la autorización de vacunas noveles la disposición 705/2005 de ANMAT que expresamente establece: “3. 2. a. Vacunas noveles: Se requiere la presentación de estudios clínicos de fase I, II, y III. Los estudios clínicos deberán estar dirigidos a la evaluación de inmunogenicidad, seguridad, y eficacia de la vacuna en estudios de fase I, II y III”.

Este requisito ha quedado soslayado por lo dispuesto en la ley precitada en base a la cual se confirieron las aprobaciones provisorias de uso de emergencia y por tiempo determinado para las vacunas disponibles en el país.

La vacunación en general es un método de prevención que no resulta invasivo *a priori*. Pero en el caso que nos ocupa no se trata de una “vacuna” sino de un fármaco en fase de experimentación, y por tal motivo la ANMAT (Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología) solo emitió una aprobación y autorización para uso de emergencia,⁴⁷⁹ por lo que encuadra en lo normado en este artículo.

El artículo 58 exige, entre otros:

Investigaciones en seres humanos. La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, solo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos:

[...] e) estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga;

f) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable;

g) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación”.

Entre ellos los más relevantes, sin perjuicio de la importancia de los restantes requisitos enunciados en el artículo, son: a) el consentimiento informado y específico del menor que participa en la investigación (inc. f) y b) la relación riesgo-beneficio (incs. e, f, g).

El artículo 59 regula las formalidades y requisitos para obtener el

⁴⁷⁹ ESTRADA, S. (2021) “El principio *alterum non laedere*. Desafíos éticos y jurídicos en la búsqueda de una vacuna.” En *Actas del VII Congreso de Principios Generales y Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores, pp. 142-169.

consentimiento informado de quien se va someter a una investigación médica:

Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto:

- a) su estado de salud;
- b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; [...]
- d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; [...]

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado.

En lo que atañe a la exigencia del consentimiento informado, el Código que ha tomado como referencia en muchos aspectos del articulado, la *Children Act* de 1989 –que declaró competente para tomar decisiones sobre su propio cuerpo al niño que alcanzó los dieciséis años a partir del caso “Gillick” (Inglaterra, 1986), y si no alcanzó esa edad se debe analizar si es *Gillick competent*,⁴⁸⁰ dice el fallo– se apartó de aquel instrumento en cuanto al límite para consentir. Tal regla no resulta suficiente, ya que el consentimiento del paciente menor no excluye el paterno. El médico necesita los dos consentimientos: el del paciente menor y el de los padres.⁴⁸¹ No obstante si el paciente menor rechaza

⁴⁸⁰ Un menor es *Gillick competent* si ha alcanzado suficiente aptitud para comprender, e inteligencia para expresar su voluntad, respecto al tratamiento propuesto. Si no es *Gillick competent* o no alcanzó la edad de dieciséis años el consentimiento debe ser dado por quien tenga la responsabilidad paterna es decir el que tiene derechos, deberes, poderes o autoridad que la ley da al padre sobre los bienes de los hijos. Conf. PLOMER, A. (1996). “Parental consent and children’s medical treatment”. En *Family Law*, Vol. 26, p. 739.

⁴⁸¹ DOWNIE, A. (1997). “The doctor and the teenager. Questions of consent”. En *Family Law*, Vol. 27, p. 499.

el tratamiento, la autorización puede ser dada por los representantes legales, pero no a la inversa.

El derecho del menor a consultar al médico sin la presencia del adulto sigue siendo objeto de discusión en el ámbito médico. Sin embargo, hay un cierto consenso en admitir que los menores que alcanzaron los catorce años –en sintonía con lo que establecieron las leyes romanas– son competentes para hacer consultas a los médicos, revalorizando su personalidad; no obstante el profesional médico no puede indicar una terapia sin el acuerdo de la autoridad paterna. En suma, el Código se aparta de todos los antecedentes existentes en cuanto al límite de edad para consentir sin la intervención de los representantes legales, en primer lugar los padres, y a falta de ellos, los tutores.

La relación riesgo-beneficio, cuya cuantificación se requiere para otorgar el consentimiento informado en el caso en análisis, es de muy difícil determinación ya que se trata de un preparado cuya composición se ignora, sobre el que no ha concluido el debate científico, ya que continúa en su estudio de fase III y por ello se ha otorgado la autorización y aprobación solo para uso de emergencia. Por lo tanto, no puede ofrecer la fiabilidad que una vacuna aprobada amerita. A propósito de lo señalado, la Ley 27573/2020 dispensó a las compañías farmacéuticas de responsabilidad civil y penal por los daños a la salud que pudieren ocasionar (art. 4). Si con posterioridad a la inoculación del fármaco los niños experimentaran alguna anomalía física proveniente de un efecto adverso del inoculante, la demanda que los progenitores podrían iniciar en Argentina no prosperaría por la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros introducida en las cláusulas de los contratos, prohibiéndose en consecuencia al Estado argentino a oponer la defensa de inmunidad soberana en los litigios que se puedan suscitar por incumplimientos contractuales (art. 2).

El principio de autonomía como pauta para el ejercicio de los derechos por los menores se cimenta en: la condición de sujeto de derecho del menor, el principio del “interés superior del niño” (art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño) –concepto abstracto y sin contenido

material que no se vio reflejado en el articulado del Código Civil—, el principio de protección especial por parte de su familia, de la sociedad y del Estado (art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y el derecho del niño a ser oído (art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño).

Como correlato de los derechos del niño, la Convención establece también que se respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, de los tutores u otros encargados de los niños (art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño). A su turno, el CCC fija los derechos y las responsabilidades de los progenitores (art. 638 a 640). Los derechos y deberes de los progenitores se asientan sobre tres pilares: el interés superior del niño, la autonomía progresiva acorde con su aptitud psicofísica y el derecho del niño a ser oído en virtud de los que debe establecerse un cuidadoso equilibrio entre el ejercicio de la autonomía del menor y la de sus progenitores o de quienes lo representen.

IV. La capacidad del menor en el contexto de normas internacionales

En el plano internacional, dentro de la misma perspectiva de la Convención de los Derechos del Niño se encuentran las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, que contemplan la edad entre los factores de vulnerabilidad (regla 4 y 11).⁴⁸²

Regla 4: Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, [...].

⁴⁸² XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

Regla 11: [...] Destacan entre otras víctimas a las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta.

La vacunación de manera compulsiva a los menores desde los tres años contraviene normas internacionales que complementan y suplen la escasa regulación del Código Civil y Comercial, que también se ve avasallada por la obligatoriedad. Así entre otras, el Código de Núremberg de 1947, la Declaración de Helsinki adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial y sus modificatorias, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976, 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, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las pautas éticas internacionales para la investigación biomédica en seres humanos –pautas CIOMS (*Council for International Organizations of Medical Science*)– y la Declaración sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005.

Esta última marcó un hito en la historia de la bioética, cuyos principios fundamentales y resguardos éticos deben ser respetados aún más en épocas de emergencia como la que estamos transitando. El artículo 5 de dicha declaración normatiza la autonomía y responsabilidad individual.

Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses.

Los criterios que emanan de esta declaración han sido refrendados por la resolución N° 04/2020 “Derechos humanos de las personas con COVID-19”, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que advierte que los Estados deben dar cumplimiento a sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos de las personas con COVID-19, incluyendo la integración de un enfoque

interseccional y multidisciplinario que reconozca y afirme la dignidad humana, la eliminación de todas las formas de discriminación. Asimismo, la resolución exhorta a la protección del derecho a la salud de las personas con COVID-19, incluyendo el derecho al consentimiento informado en materia de salud, acceso a la información, igualdad y no discriminación y la protección de sus derechos en relación a la intervención de actores privados.

La más reciente regulación es la resolución 2361/2021⁴⁸³ de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa dictada el 27 de enero sobre “COVID-19 vaccines: ethical, legal and practical considerations” (Vacunas COVID-19: consideraciones éticas, legales y prácticas), que brinda un marco de referencia legal y ético válido para el tema en análisis.

Analizaremos algunos puntos relevantes de la resolución en relación al tema de este trabajo. Advierte el documento que ni siquiera las vacunas seguras y eficaces son una panacea inmediata y que es poco probable que las vacunas sean suficientes para reducir las tasas de infección (ap. 3), por lo que no estarían cumpliendo con la exigencia del artículo 58, incs. e y g, del CCC.

También alerta que a la velocidad a la que se están desarrollando puede provocar un sentimiento de desconfianza difícil de contrarrestar, aunado a la desinformación y/o a la falta de información transparente sobre la seguridad y los posibles efectos secundarios (ap. 4, 7. 3. 3, 7. 3. 4).

En lo que respecta a la autonomía de la voluntad, dispone que se debe garantizar a los ciudadanos la libertad para vacunarse sin ejercer coacción de ninguna índole y que la negativa no sea un factor de discriminación debido a los posibles riesgos para la salud u otros (ap. 7. 3. 1 y 7. 3. 2). Esta disposición constituye una exhortación de fundamental importancia, que de no respetarse estaría viciando el consentimiento libre del sujeto (art. 58, inc. f, del CCC). En sintonía, el Senado de

⁴⁸³ <https://assembly.coe.int> [consulta 27 de julio de 2021].

Francia rechazó el 13-10-2021, por 262 votos contra 64, un proyecto de ley de vacunación obligatoria.⁴⁸⁴

Pero la práctica la convierten en obligatoria a través de la implementación de la exigencia de un pase sanitario para la realización de actividades no solo de carácter recreativo o cultural, sino para realizar actividades esenciales de la vida civil, lo que vulnera derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional (arts. 14, 16 y 19).

Los aspectos destacados si bien son para la generalidad de la población, también son relevantes con respecto a la vacunación de niños. Para ellos específicamente exhorta a garantizar la eficacia y seguridad cumpliendo con directrices legales internacionales en marco de la Convención de los Derechos del Niño (ap. 7. 4. 1, 7. 4. 2).

Y con respecto a la manifestación de voluntad, “[...] impulsa a que se respeten los deseos de los niños, acorde a su edad y madurez; cuando no se pueda obtener el consentimiento del niño, asegurarse de que el acuerdo se proporcione en otras formas y que se base en información confiable y apropiada para la edad” (ap. 7. 4. 3).

En caso de conflicto entre una regulación nacional y una internacional, la costumbre internacional en general y en particular en materia de protección de los sujetos de la investigación, desde Núremberg des-cansa sobre una idea-fuerza: la supremacía del derecho internacional sobre los derechos internos. El derecho internacional no solo impone obligaciones a los Estados, sino que obliga directamente a los individuos a respetar sus imperativos sin poder justificarse en la obediencia a las prescripciones del orden interno.

El Tribunal de Núremberg ha instituido en alguna medida un deber de desobediencia al individuo cuando los preceptos del derecho interno contradicen el derecho internacional, pues las obligaciones internacionales que se imponen a los individuos priman sobre el deber de obediencia para con los Estados de los cuales ellos dependen.

⁴⁸⁴ www.euskalnews.com [consulta 15 de octubre de 2021].

V. Reflexión final

A lo largo de más de veinte siglos, la relación padre-hijo fue mutando desde la rigidez, severidad y sumisión que caracterizó a la sociedad romana, a la afectuosidad, acercamiento y fluidez en la comunicación en la sociedad moderna. Pero en estas últimas décadas se perdió el equilibrio, exacerbando la permisividad, despojando a los padres de sus roles, fomentada por la inmiscusión desmedida del Estado en la esfera íntima de la familia que se ha visto reflejado en los artículos analizados en este tema.

Los menores, considerados sujetos vulnerables por la bioética, no estarían en condiciones de consentir libremente y deberían estar exentos de la influencia indebida del entorno familiar y social, de los poderes del Estado y de los medios de comunicación, para brindar un consentimiento libre. Y merece especial atención el caso del adolescente. No se debe perder de vista que la conducta irracional del adolescente no es la expresión de una opción personal, sino el resultado de su inmadurez cognitiva. Respetar sus deseos ignorando este hecho no es una forma de honrar su autonomía, sino un olvido de su vulnerabilidad. De hecho, con esta actitud se le podría causar un perjuicio similar, o aún mayor, al que tradicionalmente le ha causado el menosprecio paternalista de su voluntad. Frente a la noción de vulnerabilidad, cabe reflexionar acerca de si se está en presencia de una auténtica decisión autónoma de la persona vulnerable y si puede calificarse la decisión como de una persona incompetente respecto a los derechos sobre su propio cuerpo. Existen algunos criterios orientadores, en tal sentido v. gr. si la persona en cuestión está en condiciones de justificar la decisión adoptada, si tal decisión puede calificarse de racional comparativamente con lo que es esperable de una persona racional en similares circunstancias y si la decisión adoptada ha sido tomada equilibrando los riesgos y los beneficios, todos ellos teniendo en cuenta el contexto psicosocial y emocional en cada caso particular.

El paso del paternalismo a la autodeterminación no significa necesariamente que en todos los casos se deba prescindir de aquel, ya que en el caso particular de menores resulta una opción necesaria desde una visión ética de protección que atienda al menor como sujeto de derecho. Es así que no se debe aplicar un criterio reduccionista y general, sino un análisis particular de cada situación en la que resulte ética y jurídicamente legítimo. Aceptar la injerencia en los derechos de los menores, diferenciando estos casos de aquellos otros en que esa injerencia importe la aplicación de un paternalismo cercenador de la autonomía.

De ello podemos colegir que los principios de autonomía y de protección no son antagónicos sino que se complementan cuando en la aplicación de ambos en el caso concreto se respeta la dignidad del menor en el contexto de la vulnerabilidad; respeto que ha sido malversado por el poder estatal imponiendo de modo coercitivo la inoculación sin respetar de igual modo la libertad de no inocularse.

Dependerá del ciudadano que la sentencia de Núremberg sea solo un referente de una época caracterizada por la violencia o que constituya un precedente en la conciencia universal, que asegure el triunfo del derecho de las libertades individuales sobre la violencia de cualquier índole.

Sucesión *ab intestato* en la ley decenviral

Por María Cristina Filippi⁴⁸⁵

I. Sucesión por causa de muerte en Roma

En Roma, la sucesión *mortis causa* a título universal podía ser *ab intestato*, también llamada legítima porque era diferida por la ley, o testamentaria.

Según la opinión de algunos autores, sobre todo Fustel de Coulanges,⁴⁸⁶ el derecho de testar, esto es de disponer de los bienes y –más aún– de nombrar heredero, estableciendo así la continuidad de la autoridad que regirá los destinos de la familia para después de la muerte del actual titular, se contraponía totalmente con lo que consagraban las primitivas creencias religiosas. Que fueron, en la primera época de Roma, el fundamento de la propiedad y del derecho sucesorio.

⁴⁸⁵ Doctora en Derecho. Profesora titular de Derecho Romano en Universidad Católica de Córdoba y Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora

⁴⁸⁶ COULANGES, F. D. (1942). *La ciudad antigua*. Buenos Aires: Albatros.

Para entender lo que se acaba de exponer, debemos remontarnos a los comienzos de la ciudad, momento histórico en el cual la familia agnaticia cumplía un rol fundamental, al punto de erigirse en el verdadero pilar sobre el cual se apoyó la organización del Estado.

Dos cosas están íntimamente ligadas, el culto de una familia y el derecho de propiedad, el dominio *ex iure quiritium*, de la cual la misma es titular. Por esa razón no se pudo admitir la propiedad sin el culto, ni el culto sin la propiedad. Citando textualmente a Cicerón,⁴⁸⁷ “la religión prescribe que el culto y los bienes de cada familia sean inseparables, y que el cuidado de los sacrificios recaiga siempre en el que recibe la herencia”. Gayo,⁴⁸⁸ por su parte, acota: “Los antiguos hicieron que las herencias fueran aceptadas rápidamente, a fin de que fuera continuado el culto doméstico, que en esos tiempos era sumamente observado, y que los acreedores tuvieran a alguien a quien dirigirse para recobrar sus créditos”.

De allí deducimos la importancia del culto familiar unido a la propiedad en materia sucesoria. Quien debía suceder, el *heres*, era el que se encontraba bajo la potestad del *pater*, el hijo varón, que había contribuido a mantener, e incluso acrecentar, el patrimonio paterno. Hay simplemente una continuación, una institución, la familia, que se prolonga en el tiempo y de la cual los hombres que la encabezan son simplemente representantes. La fortuna, en especial las cosas *mancipi* y los *bona paterna avitaque* (bienes recibidos del padre o del abuelo paterno), es inmóvil como lo es también el hogar, y la tumba a la que aquel se encuentra asociado.

Por esta misma razón, podemos afirmar que quien debía suceder naturalmente a un *pater* fallecido era el llamado heredero suyo, o mejor aún, el heredero “de lo suyo”, el *sui herede*.

⁴⁸⁷ CICERÓN. *De Legibus*, 2. 19 y 201.

⁴⁸⁸ GAYO. *Institutas*, 2. 55.

Este era el continuador del difunto a la cabeza del culto familiar, que residía no en los templos sino en las casas, y cada casa tenía sus dioses. Propios, particulares y distintos de los demás, si no se entiende esto no podrá comprenderse cabalmente la *confarreatio*, ni la adrogación, ni la agnación, o el porqué de la institución de la prodigalidad, tal y como fuera originariamente concebida.

Eran ellos el *hogar*, donde ardía el fuego sagrado, los *manes*, espíritus de los antepasados, los *lares*, custodios de campos y caminos, y los *penates*, protectores de las riquezas y los graneros de la familia. Encabeza el culto familiar el *genius*, espíritu del *pater*, a quien lo acompaña el *iuno*, ánima de la señora de la casa.

La religión doméstica no tenía reglas universales, cada grupo familiar seguía las propias. Su sacerdote era el jefe de la familia, rango que luego de la muerte se transmitía a los hijos, siempre por línea masculina, o sea por parentesco agnaticio. Por esta razón, si alguno muere intestado, su herencia será conforme las XII Tablas, repartida solamente entre sus agnados, o sea entre quienes comparten el mismo culto.

Con lo que llevamos expuesto, es fácil advertir que la herencia en la Roma primitiva distaba de ser una cuestión meramente económica. Por ello, la facultad de testar no era reconocida de modo absolutamente libre al ciudadano romano, ni podía admitirse que cualquiera dirigiese la sociedad familiar, o que cultos extraños penetrasen en la misma, mancillando su pureza.

La Ley de las XII Tablas habla, es cierto, de los testamentos, señal que los mismos eran reconocidos y permitidos en el siglo V a. C. Algunas centurias después, es Aulo Gelio⁴⁸⁹ quien nos recuerda en sus *Noches Áticas* el testamento de Acca Laurentia, la loba que amamantó a Rómulo y Remo, así como el de la vestal Caya Terracia.

Pero salvo algunos ejemplos como los citados, la mención que nos ha llegado proveniente de las fuentes es muy breve e incompleta, siendo

⁴⁸⁹ AULO GELIO. *Noches Áticas*, 6. 7.

escasas las noticias de que disponemos al respecto. Mucho es, entonces, opinable, y se ha opinado en abundancia y en sentidos distintos.

El de testar era, según lo poco que sabemos, un acto complejo, para el que se requerían serias y solemnes formalidades. Debía realizarse en público, ante el pueblo reunido en comicio, el que debía dar su aprobación cuando de desheredar a los descendientes varones y cambiar la normal secuencia sucesoria se trataba. Si nos ponemos a pensar, el requisito de esta aprobación era bastante lógico, dado que se trataba no solamente de ceder bienes, sino de transmitir la dirección de un culto y el gobierno de una familia. Cosa muy delicada, cuando el que iba a recibir –por disposición del testador– el patrimonio, y por sobre todo la jefatura de la religión doméstica y la conducción del grupo familiar, no había participado antes de éstos, ni contribuido a conservar y acrecentar aquel.

De todo lo expuesto, mi opinión personal es que existía en la Roma primitiva en materia de herencias una práctica general y normal, establecida por la ley y antes de la existencia de las primeras leyes escritas por la costumbre y la tradición, que rigurosamente regulaban el orden sucesorio. Y una práctica excepcional, que fue el testamento.

II. Límites en la sucesión testamentaria

Pero, y es importante señalarlo, había una restricción para disponer libremente de los bienes en un testamento, ya que se debía respetar una porción que correspondía a los parientes por línea masculina más próximos que son quienes hubieran sido llamados a heredar *ab intestato*. Esta porción recibió el nombre de legítima, habiendo sido introducida por el tribunal de los centunviros que probablemente se inspiraron en la Ley Falcidia del año 40 a. C. ¿Y quiénes eran esos herederos? Se los llamaba *sui heredes* o herederos de lo suyo con una expresión muy gráfica, ya que recibían por herencia lo que ya decían suyo en vida del

causante. “Te invito a mi casa”, podía decir un hijo de familia aunque en realidad la casa no fuese suya sino del padre.

Concretamente se trataba, en el régimen del derecho civil quirritario, de todas las personas sometidas a la potestad del difunto, fuera esta *patria potestas* o *manus*, así como los hijos póstumos, llamados así porque habían sido concebidos aunque aún no nacidos al momento de la muerte del padre. Todos ellos recibían la herencia aunque no hubieran realizado una aceptación expresa, por el solo hecho de seguir usando los bienes que la integraban luego del fallecimiento del *pater*. No integraban este orden los hijos emancipados ni tampoco la esposa casada sin someterse a la *manus* del marido.

El pretor corrigió esta injusticia dando la *bonorum possessio unde liberi* con la cual introdujo dentro del orden de los *sui heredes* a los hijos emancipados y a todos los descendientes de sus hijos por derecho de representación en caso de fallecimiento previo de éstos, siempre y cuando por casamiento o adopción no hubieran ingresado a otra familia en la cual serían llamados a heredar. Finalmente, según las *Novelas* 118 del año 544 d. C. y 127 del 548 d. C., ambas debidas al emperador Justiniano, son herederos llamados en primer lugar los descendientes en primer grado del difunto, o en caso de haber premuerto alguno de ellos a sus descendientes por derecho de representación, sin que importara el sexo o que estuvieran, o no, sometidos a la potestad del causante. Igualmente los ascendientes, hermanos y medios hermanos siempre en el orden en que habrían sido llamados *ab intestato*. De haber recibido alguno de ellos en vida del difunto una liberalidad, debía colacionarla, deduciéndola de la porción legítima que le habría correspondido.

Esta porción legítima era originalmente de un cuarto del valor de la herencia, quedando el causante con la facultad de disponer libremente de los tres cuartos restantes. Posteriormente, Justiniano introdujo una modificación (Constitución 118, Capítulo 1), aumentándola en proporción al número de descendientes que existiese para repartir entre ellos. Así, siguió siendo de un cuarto si había hasta tres, un tercio si eran cuatro y la mitad si eran cinco o más.

Ahora bien, los *sui heredes* tenían derecho a la legítima y no podían ser preteridos en un testamento, pero era perfectamente válido que el causante los desheredase. Los requisitos de esta desheredación fueron cambiando con el paso del tiempo. Así, en la época del derecho civil quiritarario los hijos varones debían ser desheredados específica y nominativamente, mientras que las hijas mujeres y los nietos en su caso podían serlo en bloque, cosa que los pretores mantuvieron variando sin embargo las consecuencias que acarrea la preterición como expondré más adelante. Por su parte, Justiniano (Novela 115 y concordantemente Ulpiano en D. 28. 2. 1.) fijó causas expresas y determinadas de desheredación, como por ejemplo atentado a la vida, injurias graves o acusaciones criminales.

La consecuencia de la preterición de algún heredero forzoso sin haberlo desheredado expresamente era la nulidad del testamento que el omitido podía intentar contra el heredero instituido por la vía de la querrela de inoficiosidad y prescribía a los cinco años. De prosperar esta medida, el testamento se declaraba nulo y la herencia se repartía como si el causante hubiese fallecido *ab intestato*. Por su parte, el pretor concedió la *bonorum possessio* al heredero preterido, y más adelante, por una constitución de Juliano y Constancio del año 361 d. C. (Constitución 115), se creó la acción de complemento de la legítima que no perseguía ya la nulidad del testamento, sino que se integrara la legítima que no había sido respetada. Con Justiniano se decidió finalmente que la querrela de inoficiosidad solo podía ser ejercida por el heredero forzoso que no hubiera sido instituido o desheredado expresamente, pero a consecuencia de ella no se anulaba completamente todo el testamento, aunque caía la institución de heredero si no hubiese respetado la legítima, pero se mantenían los legados. Por su parte, si únicamente se hubiese dejado de respetar íntegramente la porción legítima, solamente el o los herederos afectados tenían derecho a la acción de complemento de esta, pero no podían pedir la nulidad del testamento.

Existe un extremo que debemos dejar bien en claro: el propósito de la legítima no era velar por la situación económica de los descendientes,

como sí lo sería hoy en día. Eso a los romanos primitivos les tenía sin cuidado, lo que se procuraba era velar por que la familia mantuviese intacto su patrimonio, o se lo disminuyese lo menos posible; la familia y el apellido que la identifica son entonces los destinatarios del beneficio. Esto es fácil de explicar si nos colocamos en aquellos tiempos en los cuales en las asambleas populares, los comicios, a partir del rey Servio Tulio, los ciudadanos votaban divididos en clases que se estructuraban de acuerdo al patrimonio familiar. Permitir que éste disminuyese por disposiciones testamentarias sin límites era tanto como dejar que un testador alterara la estructura del Estado.

III. Sucesión *ab intestato*

Según las *Institutas*,⁴⁹⁰ “muere intestado aquel que de ningún modo ha hecho testamento, o que habiéndolo hecho, éste ha resultado *ruptum* o *irritum*, o no ha producido ningún heredero”. Dicho de otra manera, la herencia intestada se puede abrir no solamente cuando el causante no ha dejado testamento, sino también cuando luego éste se ha vuelto inválido, desierto o ineficaz. En todos estos casos se dice que el difunto es *intestatus*. Por cierto que éste ha de ser jurídicamente capaz, es decir, debe tratarse de un ciudadano romano *sui iuris*.

La sucesión *ab intestato* no se abre en el momento de la muerte del *de cuius*, sino solamente cuando resulta cierto que no existe testamento.⁴⁹¹ Por ello, la existencia y capacidad de los herederos serán elementos a valorar en el momento de apertura de esta herencia.

En este tipo de sucesión es el *ius* el que establece el orden sucesorio,

⁴⁹⁰ *Institutas*, 3. 1. pr.

⁴⁹¹ *Institutas*, 3. 1. 7.

pues no existe voluntad expresada por el causante. Y el *ius* seguirá las reglas que mejor convienen a la constitución de la familia romana.

IV. Las XII Tablas

En la Tabla V del código decenviral, se establecía: “si muere intestato y sin parientes suyos (acotemos, los sometidos a potestad), que el agnado más próximo tenga la familia. Si no hay agnados, recojan la familia los gentiles”.⁴⁹²

Si analizamos el precepto, lo primero que advertiremos es que las XII Tablas emplean el vocablo “*familia*”, en lugar de “*hereditas*”, lo cual revelaría que este último término probablemente constituye expresión de una concepción todavía muy abstracta para los tiempos de la vieja ley decenviral.

El orden establecido en esta tabla señala la primera etapa de la evolución histórica que sufrió la sucesión intestada romana, en la cual se da prevalencia al parentesco agnaticio frente al vínculo cognaticio.

La herencia de los intestados, según la ley, corresponde en primer lugar a los *sui heredes*. Estos son los descendientes que se encontraban bajo la potestad del *pater* al momento de la muerte de éste (Gayo, 3. 1. 2 y 4; Ulpiano, en D. 28. 26. 1).⁴⁹³ Entre ellos se cuenta también a la *uxor* sometida a la *manus* del marido, la que jurídicamente es considerada una hija más de éste (*in filiae loco*). Asimismo, la nuera casada *cum manu* con el hijo se encuentra considerada como nieta, pero solo será heredera si el marido no estaba sometido a la potestad del *pater* al momento del deceso del mismo (Gayo, 3. 3).⁴⁹⁴

⁴⁹² ULPIANO. *Reglas*, 24. 1, y el mismo en D. 50. 16.

⁴⁹³ GAYO. *Institutas*, 3. 1. 2 y 4; ULPIANO, en D. 28. 26. 1.

⁴⁹⁴ GAYO. *Institutas*, 3. 3.

Cabe mencionar, asimismo, que los nietos y las nietas habidos del hijo, así como el bisnieto y la bisnieta habidos del nieto, son considerados también *sui heredes*, pero solamente en el caso de que las personas que los preceden en grado de parentesco hayan premuerto, o dejado de estar bajo potestad (Gayo, 3. 2).⁴⁹⁵

Observando con cuidado la disposición decenviral, advertimos que la hija no hereda si se casa y se somete a la potestad de su marido. Esta es una consecuencia lógica en el derecho antiguo, puesto que la hija mujer no es apta para proseguir con el culto familiar, pues al contraer matrimonio renuncia a su familia agnaticia de origen (culto incluido), para pasar a integrar la de su esposo.

En cuanto a la hija soltera, el principio es que no se la priva de la herencia. Ello no debe inducirnos al error de pensar que la misma es plenamente capaz para gozar y disponer de los bienes que la integraban. Bien es sabido que la mujer estuvo durante muchos siglos sometida a tutela perpetua, y generalmente el tutor era el agnado más próximo, que normalmente era el hermano varón, en caso de que lo tuviese. La razón era justamente el interés de conservar incólume el patrimonio de la familia agnaticia, que era lo verdaderamente importante, según se ha dicho, que se suponía el tutor –a fuer de agnado y potencial sucesor– estaba personalmente interesado en cuidar. Por consiguiente, si bien la mujer soltera heredaba, en la práctica la administración de los bienes que conformaban su porción de la herencia era ejercida por su tutor.

Si el más próximo de los *sui heredes* rechazaba la herencia, se entendía que lo hacía en nombre de todos, no pasando en consecuencia la misma a los parientes más lejanos dentro de este orden. En tal supuesto, lo mismo que si no hubiese habido herederos suyos, la sucesión en diferida al orden siguiente, el de los agnados.

Son agnados aquellos parientes cuyo vínculo se transmite por vía de las personas de sexo masculino dentro del seno de la familia. Solamente

⁴⁹⁵ GAYO. *Institutas*, 3. 2.

entre hombres se puede transmitir el lazo religioso, que permitía al uno continuar con el culto privado del otro. Este parentesco poco tenía que ver con la circunstancia de haberse formado dos personas en el mismo seno materno, o de llevar la misma sangre.

Pero hay que destacar que la Ley de las XII Tablas no difiere la herencia en general a todos los agnados, sino solo a aquellos que se encuentran en el grado más próximo. Y si estos la rechazan, se entiende que la han rechazado para todo el orden.

Si había varias personas en el mismo grado, el reparto se hacía entre éstas por cabezas (*in capita*), y si coincidían parientes de distinto grado, el más próximo excluía al más lejano

Se consideran en este orden los parientes hasta el sexto grado, o el séptimo si se trata del hijo de un primo segundo (*sobrinus*).

Si no existen agnados, la ley decenviral llama a los gentiles. Cicerón⁴⁹⁶ es quien nos da una definición de este particular orden de parentesco que recibe la denominación de gentilidad: “Son aquellos que tienen un mismo nombre, que desde su origen son ingenuos, que no han servido nunca en esclavitud, que no sufren *capitis deminutio*”. Y, en realidad, esta definición nos marca las características de la gentilidad, si bien podría acotarse que Marco Tulio, que no poseía un rancio linaje, no era la persona más indicada para hacerla, cosa para la que hubieran estado mejor calificados un Cayo Julio César o un Lucio Sergio Catilina, por ejemplo.

A los gentiles se los identifica por el nombre, el *nomen gentilicium*. Por ejemplo, “*Marcus Tullius Cicero*”, en donde el *nomen* que identifica la *gens* es el segundo. Aunque, para ser precisos, el apelativo completo de Cicerón fue “*Marcus Tullius, Marci filius, Cornelia tribu, Cicero*”. En donde *Marcus* fue el *praenomen*; *Tullius*, el *nomen gentilicium*; *Marci filius* indicaba la filiación; *Cornelia tribu*, era la indicación local; y finalmente, *Cicero*, el *cognomen* o apodo.

La *gens* está indicada por el *nomen*, a cuyo respecto y sin pretensión de

⁴⁹⁶ CICERÓN. *Tópicos*, 6.

abundar en ejemplos, que son numerosísimos, podríamos decir que la terminación “*acus*” indica procedencia gala, mientras que “*na*” o “*nas*”, etrusca. Los ejemplos podrían ser incontables.

Las *gens* o “*gentes*” se encontraban entonces constituidas por familias que usaban el mismo nombre y descendían de un antepasado común que había fundado la stirpe. En definitiva no son muchas familias individuales yuxtapuestas o aglutinadas, es una sola que se ha ramificado.

Los gentiles tenían derechos comunes, podían heredarse entre sí a falta de agnados, y aspiraban a ejercitar la tutela del menor impúber o la curatela del demente de su misma *gens* que no tuviese agnados próximos. Eran una especie de agnados calificados, compartiendo todos la raíz del mismo culto, y aún las sepulturas.

Todos estos derechos de los gentiles, tan arraigados en la sociedad romana primitiva, van desapareciendo lentamente a medida que Roma va consiguiendo protagonismo. Los cambios políticos, que a partir de entonces se suceden vertiginosamente, van a ir cercenando los poderes del *pater*, con lo que se va a sentar la simiente del Estado políticamente organizado.

Y poco a poco, con la labor del pretor, que va a ir supliendo, ayudando o corrigiendo el derecho civil, se irán incorporando modificaciones a las costumbres primitivas, variaciones éstas o modernizaciones, si así quiere llamárselas, que no pueden dejar de alcanzar al derecho sucesorio. En este ámbito, la más relevante por lejos es la incorporación de los cognados dentro del régimen sucesorio. Bien sabemos que el pretor no instituye –no puede hacerlo– herederos, sino simplemente confiere la posesión de la herencia, la *bonorum possessio*, a quienes considera más aptos para recibirla. Estos, por su parte, solamente por la vía de la usucapión, la *usucapio pro herede* que se verificaba en el transcurso de un año, pueden convertirse en *heres*, asumiendo a partir de entonces la calidad de herederos del derecho civil.

Posteriormente, ya adentrándonos en el Imperio, veremos cómo la sociedad crece, evoluciona y, a medida que experimenta otras necesidades,

va a ir cambiando su derecho, en lo cual la materia sucesoria no pudo ser una excepción.

El derecho sucesorio cambió para adecuarse a las nuevas circunstancias, cosa que advertimos si seguimos la labor legislativa de los emperadores, que se manifiesta a través de senadoconsultos y constituciones imperiales. Así, van a ir incorporándose, dentro del orden de la sucesión *ab intestato*, parientes consanguíneos ignorados con anterioridad. Hasta llegar al *Corpus Iuris*, más concretamente a las *Novelas*, que establecen de modo definitivo un orden sucesorio basado en la sangre, en el parentesco cognaticio, que deja definitivamente de lado la vinculación agnaticia, que había sido el sustento del derecho civil en la antigua sociedad romana.

De ese régimen hasta el actual, conforme lo legisla el Código Civil hay distancia. Mucha, es cierto, pero inferior a la que se debió recorrer entre los decenviros del año 451 a. J. y el emperador Justiniano.

Bibliografía

- ARIAS, J. (1941). *Manual de derecho romano*. Buenos Aires: Kraft.
- AULO GELIO (1959). *Noches áticas*. Buenos Aires: E.J.E.A.
- CAYO DOMICIO ULPIANO (1970). *Reglas*. Traducción de Nina Ponsa de la Vega de Miguens. Buenos Aires: Lerner.
- *Corpus Iuris Civilis*. Traducción de Ildelfonso García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas, 1889.
- COULANGES, F. D. (1942). *La ciudad antigua*. Buenos Aires: Albatros.

- DI PIETRO, A. (1996). *Derecho privado romano*. Buenos Aires: Depalma.
- DI PIETRO, A. (h) (2014). *La Ley de las XII Tablas*. Buenos Aires: Sociedad Romanística Argentina.
- GAYO (1975). *Instituciones*. Traducción de Alfredo Di Pietro. La Plata: E.L.J.
- GHIRARDI, J. C. (1996). *Roma y la laicización del derecho*. Córdoba: Explanatio.
- GHIRARDI, J. C. (1997). *Manual de Derecho Romano I*. 3ª edición. Córdoba: Eudecor.
- MARCO TULIO CICERON (1951). *Obras escogidas*. Buenos Aires: Ateneo.
- MAYNZ, C. (1892). *Curso de derecho romano*. Barcelona: Jaime Molinas.

La dialéctica desde Platón y Cicerón y su relevancia en el género judicial

Por Germán Giarrocco⁴⁹⁷

I. Concepto de dialéctica

Etimológicamente el término dialéctica deriva del verbo *dialégo*, que en voz pasiva quiere decir dialogar, discutir, razonar.

La terminación *ika* se emplea para distinguir un arte o una especialización del conocimiento. De ahí que la dialéctica es el arte de dialogar, discutir, o argumentar.

A la vez, la preposición *día* hace referencia a vía, pues la dialéctica se trata de un curso del pensamiento.

⁴⁹⁷ Abogado. Docente de la asignatura Derecho Romano en la Universidad de Buenos Aires.

En virtud de lo expuesto, siguiendo a Lamas podemos definir a la dialéctica como un arte, una técnica o una ciencia cuyo objeto es el pensamiento en movimiento o en tanto está en movimiento.⁴⁹⁸

La dialéctica es una rama de la lógica con fines múltiples, toda vez que la misma puede emplearse en pos de la investigación, de la preparación del discurso y de la didáctica.

II. En cuanto a la dialéctica en Platón

La filosofía implica la tensión o movimiento intelectual para alcanzar el perfeccionamiento humano, mientras que la sabiduría implica esa plenitud espiritual e intelectual. Se trata de un estado cúlmine y frontal del conocimiento.

En dicho esquema, Platón llama dialéctica a la filosofía porque es pensamiento y vida que está en movimiento hacia la perfección final.⁴⁹⁹ En esta noción de dialéctica, Platón mantiene los parámetros socráticos de pregunta, objeción, respuesta.

También la dialéctica platónica incluye la arista de la discusión, pero no se trata de concebir a la dialéctica como un mero instrumento para vencer en la discusión, sino como una vía para aproximarse a la verdad.

Platón demuestra la posibilidad de construir generalizaciones o divisiones, otras dos herramientas dialécticas. Con su aporte podemos entender a esta rama de la lógica como “un movimiento para alcanzar una mejor percepción de lo real, una percepción distinta con suficiente precisión, pero integrada en la unidad del ser”.⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ LAMAS, F. (2008). *La dialéctica Clásica. La lógica de la investigación*. Buenos Aires: Instituto de estudios filosóficos Santo Tomás de Aquino, p. 11-12.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, op. cit., p. 26.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, op. cit., p. 30

Son instrumentos de la dialéctica platónica:⁵⁰¹

- a) Paradigmas: Es un esquema que vincula ideas y entidades del mundo sensible mediante una semejanza.
- b) Mitos: Relato tradicional de estructura metafórica, se remonta a tradiciones orales pero ha llegado a nuestro conocimiento mediante fuentes escritas (Homero, Hesiodo). No son empíricamente verificables y se tratan de una respuesta a interrogantes que suscita una zona de misterio.
- c) Lenguajes y recursos retóricos: La intrínseca y constructiva relación entre el discurso racional y su expresión lingüística se manifiesta de un modo especial en la relación entre dialéctica y retórica, en la que la primera aparece como constructiva de la segunda.

Hay que tener en cuenta que en Platón la dialéctica no es un cuerpo de doctrina sistemático y definitivamente acabado.

III. En cuanto a la dialéctica en Aristóteles

En Aristóteles, la dialéctica o tópica estriba en la teoría del razonamiento probable por medio del silogismo con premisas fundadas en la opinión (endoxos), los cuales son aceptados por todos o por la mayoría, o por los sabios.⁵⁰²

⁵⁰¹ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 11-12.

⁵⁰² GUZMÁN BRITO, A. (2008). "La Tópica o Dialéctica en la Ciencia de los Juristas Romanos". En *La dialéctica Clásica. La lógica de la investigación*, Buenos Aires: Instituto de estudios filosóficos Santo Tomás de Aquino, p. 60-61.

En su libro *Los Tópicos* determinó que el silogismo dialéctico es probable toda vez que se basa en premisas probables, no pudiendo haber total seguridad con respecto a la veracidad de dicho silogismo.

Finalmente, hay que tener en cuenta que todo lo esgrimido en el pensamiento platónico es aplicable a Aristóteles.

IV. En cuanto a la dialéctica en Cicerón

En pos de la eficacia del método dialéctico, Cicerón determinó necesaria la sistematización, considerando que la misma se constituye mediante la conceptualización, división y clasificación.

Cicerón diferencia una “técnica de la invención o hallazgos de argumentos” (*ars inveniendi*) y una “técnica del razonamiento o del juicio” (*ars iudicandi*).⁵⁰³ Resulta evidente la influencia que tuvo la Academia socrático-platónica y el pensamiento estoico en la doctrina del orador latino.

En este orden de ideas, cabe destacar que los latinos tradujeron la palabra *téchne* por *ars* en base a una definición que Cicerón toma de Zenón, la cual reza: “El arte es una construcción de percepciones ejercitadas, que pertenecen a un fin útil a la vida”. De esta forma, observamos cómo Cicerón intentó verter la noción de sistema en la cultura latina.

Asimismo, en su obra *De Inventione Rethorica* Cicerón sostiene la necesidad de la retórica como un arte funcional a la verdad. Se trata, en efecto, de dotar al discurso del hombre de sabiduría toda vez que en dicha sabiduría descansa la verdad. Sigue la concepción platónica.

Afirma el orador que

la sabiduría sin elocuencia es poco útil para los estados, pero que la elocuencia

⁵⁰³ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 64.

sin sabiduría es casi siempre perjudicial y nunca resulta útil. Por ello, quien descuida el estudio noble y digno de la filosofía y la moral y consagra todas sus energías al ejercicio de la palabra, se convierte en un ciudadano inútil para sí mismo y perjudicial para su patria. Por el contrario, quien se arma con la elocuencia no para luchar contra los intereses de su patria sino para defenderlos, éste será un hombre muy útil tanto para los propios intereses como para los intereses públicos y un leal ciudadano.⁵⁰⁴

Esa elocuencia, sacó a los hombres de su estado salvaje y fundó las civilizaciones, como así también fue la base sobre la que se construye el derecho, toda vez que “solo un discurso grave y elegante pudo convencer a hombres dotados de gran fuerza física para que, sometiéndose a la justicia sin recurrir a la violencia aceptaran ser iguales que aquellos a los que podían dominar”.⁵⁰⁵

Es por ello que Cicerón afirma la importancia de estudiar y fomentar el don de la elocuencia acompañada de sabiduría, pues en ella descansa la defensa del derecho y la resolución de los conflictos tanto públicos como privados.

Cicerón considera como materia de la retórica todo aquello de lo que se ocupa el arte y la capacidad oratoria, y resalta de Aristóteles los tres géneros sobre los cuales desarrolla esta materia: demostrativo, deliberativo, y judicial.⁵⁰⁶

Al profundizar la temática, este autor nos demuestra la existencia de una estructura del género retórico judicial que contempla los siguientes estados de causa:⁵⁰⁷

⁵⁰⁴ CICERÓN (1997). *La Invención Retórica*. Traducción de S. Núñez. Madrid: Gredos, p. 86.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 88.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 94-95.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 98, 204-225.

- Estado de causa conjetural: Se trata una conjetura que parte del motivo, la persona y el hecho.
- Estado de causa definitivo: Cuando la controversia se centra sobre un nombre que debemos definir con palabras el significado de un término.
- Estado de causa calificativo: Cuando existe acuerdo sobre los hechos y su denominación y tampoco se discute el procedimiento, sino que la cuestión se centra en la importancia, la naturaleza y la clase del suceso.
- Estado de causa recusativo: Cuando creemos que el proceso debe ser transferido a otra jurisdicción o que hay que modificar el procedimiento porque no ha sido entablado por la persona o contra la persona apropiada, o porque el tribunal, la legislación, la petición de pena, la acusación o la ocasión no son los apropiados.

Se advierte en el género judicial la existencia de una situación fáctica y el contraste con una consecuente definición objetiva contemplada en el derecho (estado de causa definitivo), mientras que sobre estas dos situaciones se determina la cuestión a debatir y se despliegan los argumentos del acusador y de la defensa.

Tomando las bases de la *Retórica* de Aristóteles, Cicerón profundiza el análisis del género judicial, y al tratar la construcción teórica de dicho género, el orador prueba que el derecho constituye una categoría objetiva.

Por lo tanto, es viable diferenciar el género judicial en su conjunto, que concierne a una solución de controversias por medio del contraste entre una situación de hecho con una situación de derecho, y no solo al derecho en sí.

Asimismo, cabe destacar que esta construcción teórica platónica-aristotélica- ciceroniana se condice plenamente con la propia práctica judicial imperante en los tiempos de Cicerón, ya que este escribe su obra en tiempos posteriores a la sanción de la *Lex Aebutia*, hito que acredita el avance del proceso formulario para las controversias judiciales en la

República, procedimiento en el que quedan debidamente diferenciadas las *Res Facti* de las *Res Iuris*.

Entonces, esta construcción del género judicial que nos muestra Cicerón era un pleno reflejo de la propia realidad que atravesaba la Roma de sus tiempos.

V. Conclusión

A modo de conclusión, puede considerarse que la dialéctica se analizó a través de un núcleo estructural común (Platón, Aristóteles, Cicerón), y producto de este esquema se encuentra la semilla de la aplicación de la misma en el género judicial toda vez que tales autores son auténticos parámetros hermenéuticos de Occidente.

Foucault y las formas jurídicas

Por Luis Aníbal Maggio⁵⁰⁸

Resumen

En su obra *La verdad y las formas jurídicas*, el célebre Michael Foucault, en una serie de conferencias dictadas en Río de Janeiro y con el propósito de fundamentar su tesis en el sentido de que en todas las formas jurídicas subyace una relación de poder que las genera y explica, realiza algunas afirmaciones referentes a la historia del derecho en la Edad Media, en su visión “esencialmente germánico” y basado en el “sistema de la prueba”. Por ejemplo, que la “indagación” como búsqueda de la “verdad jurídica” por medios críticos empíricos y racionales, fue olvidada y apareció como una extraordinaria “invención” recién a mediados del siglo XII, al igual que la “infracción” y las “multas”. Que no existió hasta entonces ni un Poder Judicial ni la sentencia y los

⁵⁰⁸ Abogado. Profesor consulto de Derecho Romano (Universidad de Morón) y titular de Filosofía del Derecho (UCES). Miembro de ADRA.

representantes del Estado fueron meros espectadores de los procesos privados. Asertos tales no deberían ser de recibo acrítico para quienes al menos aspiren a ser estudiosos del derecho romano y su dilatada historia, bajo cuya luz pueden ser reciamente refutados.

Palabras clave: indagación; derecho germánico; prueba; invasiones bárbaras.

La verdad y las formas jurídicas,⁵⁰⁹ libro muy leído, comentado y recomendado como lectura de culto en las facultades de derecho y de ciencias sociales, consta de cinco conferencias del célebre Michael Foucault en dictadas Rio de Janeiro en 1973. Se propone demostrar “cómo ciertas formas de la verdad pueden ser definidas a partir de la práctica penal” (p. 18), centrándose en la “indagación” que, según su tesis, responde a la dinámica de los factores económicos en cuyo juego subyace siempre una relación de saber-poder. La indagación es pues una “forma política” (p. 87).

Había elaborado un trabajo mucho más extenso procurando advertir y demostrar que en dicha obra el autor incurre en omisiones y tergiversaciones varias sobre el derecho romano, algunas presumiblemente no involuntarias, que no debieran dejar de preocupar a los estudiosos romanistas, y remití antes de la iniciación del Congreso. Con posterioridad recibo unas instrucciones formales, que no sabría si denominar neolecho de Procusto o “navaja” de la Dra. Mariana Sconda –una de las organizadoras del Congreso– para la presentación de los trabajos, reduciendo su extensión máxima a 20 carillas. Me he visto pues en la

⁵⁰⁹ FOUCAULT, M. (1984). *La verdad y las formas jurídicas*. México: Gedisa.

tarea desesperada de intentar una ajustada síntesis en detrimento de una mejor exposición y fundamentación que, entiendo, contenía el proyecto original.

No será materia de este análisis la conferencia primera, que versa sobre la “reelaboración de la teoría del sujeto”, ni la cuarta y quinta sobre la evolución de la indagación como forma general del saber-poder luego de su “invención” (sic) en el siglo XII. Me ocuparé de las conferencias segunda y tercera, centradas en el *nacimiento* de la indagación en Grecia y su desarrollo hasta mediados de dicho siglo.

Tampoco hace al objeto de este estudio analizar las tesis de Foucault en el sentido de que la formación de los modelos de verdad “es el producto de las estructuras políticas que no se imponen desde el exterior al sujeto de conocimiento sino que son ellas mismas constitutivas de éste”, que “la indagación es una forma política”, que “detrás de todo saber o conocimiento lo que está en juego es una lucha de poder”, de modo que “solo los juegos de fuerza política de las relaciones de poder pueden explicar las razones del surgimiento de la indagación” y otras ideas similares. No es de mi competencia, e incluso hasta podría simpatizar al menos con alguna de ellas. Por otra parte, la tesis central, al menos desde Nietzsche, no es muy original. Ya Spengler había sentenciado:

Gran error es creer que pueda existir un derecho, en general, flotando, por así decir, sobre las cosas, independiente de los intereses político-económicos (...). Todo derecho encierra en forma reducida la imagen de su creador, y toda imagen histórica contiene una tendencia política económica, que no depende de tales o cuales ideas teóricas, sino de la voluntad práctica de la clase que tiene el poder efectivo, y, por tanto, crea el derecho.⁵¹⁰

Lamento especialmente tener que hacer un mero sobrevuelo sobre las

⁵¹⁰ SPENGLER, O. (1976). *La decadencia de Occidente*. Tomo 2. Madrid: Espasa-Calpe, cap. I, p. 15.

dos conferencias abordadas, en las que el autor despliega una seductora narrativa que lo muestra como un eximio prestidigitador discursivo. En la segunda, se aparta de la versión corriente del *Edipo Rey* y sigue la del *Antiedipo* de Deleuze y Guattari, para quienes Edipo es un instrumento de poder y su complejo no ocurre a nivel individual sino colectivo. En esta tragedia el autor encuentra “el primer testimonio que tenemos de las prácticas judiciales griegas” arcaicas, a las que mucho se parece el primitivo derecho germánico, en la disputa entre Antíloco y Menelao narrado en la *Ilíada*.⁵¹¹ La solución del entuerto se difiere al *juramento* de Antíloco exigido por Menelao, donde opera el “mecanismo de la prueba”. El “mecanismo de la verdad”, en cambio, obedece a una especie de *ley de las mitades* (*symbolon*), que se ajustan y ensamblan progresivamente de modo que se van aproximando a una cierta evidencia por una especie de rodeo o espiral. Foucault observa este proceso en los dichos de los personajes, desde Apolo hasta Tiresias, pero para saber realmente quién mató a Layo hace falta una prueba, un *testimonio* concreto que encuentra en la tercera conferencia con el producido por el pastor que asegura haber entregado el niño, hijo de Yocasta según le habían dicho, a Polibio. Hay pues un *testigo* de la entrega del niño y, aunque falta saber si era ella la que lo había entregado, el ciclo se cierra. El niño fue entregado y no era hijo de Polibio; al ser Edipo hijo de Yocasta, lo es también de Layo, su esposo. Edipo, creyendo ser hijo de Polibio, regresa a Tebas para escapar de la profecía y en la encrucijada de tres caminos mató a un hombre: Layo, su padre. Por acoplamiento de mitades o verdades parciales, se llega al conocimiento del hecho y su autor, pudiendo observarse dos niveles: el primero –Apolo-Tiresias– es el de la profecía o los dioses mirada eterna, iluminadora, fulgurante; el segundo, el del *testimonio* determinante de los pastores. Este tipo de indagación de la verdad por testimonio *nacido* en Grecia, “resurge en los siglos XII y XIII”, *pero* “es sin embargo de un tipo bastante diferente

⁵¹¹ Canto XXIII.

de aquel que viéramos como ejemplo en Edipo” (p. 73). Veremos más adelante que el tal resurgimiento, calificado otras veces por el autor de formidable “invento”, no fue tan novedoso como se lo pinta.

II

El derecho germánico, dice Foucault, era muy similar al derecho griego y estaba sustentado en el “mecanismo de la prueba”, en el que no importaba la verdad o falsedad sino el resultado de un hecho determinante (juramento, ordalías, combates) al que el ofendido sometía al ofensor. No existía la “indagación”, que define como conocimiento por *testimonio y recuerdos* de tercer nivel (los dos primeros fueron el filosófico y el retórico) originado en la Grecia del siglo V a. C. Este conocimiento cae en el olvido con el fin del Imperio romano (476 d. C.), cuando los pueblos invasores implantan el derecho germánico en el que tampoco existía otra serie de instituciones que se verán infra (VI). Con el imperio merovingio y especialmente el carolingio, se restauran algunas “antiguas reglas del derecho romano”, “viejo derecho de Estado” (págs. 75 y 68), pero con la extinción de este reinado, el derecho germánico y su sistema de la prueba entran en pleno vigor en la sociedad feudal “esencialmente germánica” hasta mediados del siglo XII, donde ocurre un acontecimiento extraordinario: la “gran invención” de la olvidada indagación oriunda de Grecia, pero de un tipo, como se dijo, diferente. Subdividiré este desarrollo temporal en tres partes para su mejor comprensión: a) Desde el nacimiento de la indagación en Grecia (siglo V a. C.) hasta la caída del Imperio romano de Occidente (476 p. C.); b) Desde esos momentos hasta la extinción del reinado carolingio (siglo IX); y c) La entrada en la supuesta edad de las tinieblas hasta el “descubrimiento” (sic) de dicha forma de búsqueda de la verdad.

La comunicación pretende demostrar que “*ubicumque*” haya permanecido siquiera algunos vestigios de cultura jurídica romana, en forma

pura o en formas romano-bárbaras, e incluso en las mismas leyes y prácticas germanas, la búsqueda de la verdad por medios empíricos y/o racionales, la *indagación* (*indagatio-inquisitio*) recorre con altibajos el curso de la historia de las formas jurídicas. No desapareció ni fue “inventada” en el siglo XII, ni la inventada es muy diferente o novedosa.

III

Primer período

La indagación nacida en Grecia, dice el autor, “quedó oculta después de la caída del Imperio romano” (pág. 73), “permaneció olvidada y se perdió”, hasta finales del siglo XII. Si Grecia había sido conquistada por Roma en el siglo II d. C., cabe preguntarse qué indagación fue la que subsistió en los procedimientos judiciales hasta la invasión bárbara. Por lo que se sabe, Grecia “introdujo las ciencias y las artes en la rústica Roma”, pero Roma fue imponiendo su derecho en Oriente y Occidente. De los procedimientos griegos, el autor solo nos refiere la indagación de la verdad por testimonios y recuerdos y nosotros (al menos quien suscribe) poco sabemos, pero quizá sea oportuno recordar otra vez a Spengler: “No se advierte pues suficientemente que en la relación entre el derecho griego y el derecho romano no hay contigüidad, sino sucesión. El derecho romano es más joven; presupone los otros con sus dilatadas experiencias”.⁵¹² Los procedimientos romanos no le merecen atención alguna, y los pasa por alto como si calzara las botas de siete leguas, cuando es sabido que sus formas inquisitivas modelaron la cultura europea desde sus orígenes y sus instituciones perfeccionaron los recursos de la

⁵¹² SPENGLER, *op. cit.* Tomo 2, Cap. II, p. 13.

indagación en busca de la verdad jurídica con un sistema probatorio que perdura hasta nuestros días. Quien estudia derecho procesal civil o penal romano y derecho procesal moderno comprueba que prácticamente estamos utilizando el mismo caudal de medios probatorios que emplearon los romanos dejando un legado impercedero. Confesión, *testimonios*, documentos, pericias, indicios, que razonablemente llevan al descubrimiento de la verdad jurídica según los casos.⁵¹³ Salvo el perfeccionamiento que ofrecen los adelantos científicos y técnicos modernos (genética, informática, etc.) prácticamente no existen hoy otros medios de búsqueda y prueba (*indagación*) de la verdad jurídica. Foucault guarda aquí sigilosa abstención sobre el sistema de búsqueda y prueba de la verdad en derecho romano que rigiera en el continente europeo, por lo menos desde la conquista de Grecia (146 a. C.). Y más adelante le atribuye gran parte de la “revolución” del siglo XII, en la que habría resurgido, en algunos aspectos diferente de la griega, al “procurador del Rey”, figura que “no tiene precedentes en el derecho romano” (pág. 75). A nuestro modesto entender, queda en evidencia una deliberada actitud de desvalorización y ninguneo de Foucault para con el derecho romano, que permite adscribirlo a la nostálgica sobrevaloración del derecho franco dispensada por muchos juristas y autores franceses y alemanes, como, por citar uno, Spengler para quien “solo en este país (Italia) existen ideólogos del derecho romano que defienden el *Corpus Juris* como un santuario contra los ataques de la realidad” y el descubrimiento del manuscrito de las Pandectas circa 1050 fue una lamentable “desgracia” (!).⁵¹⁴ Unos⁵¹⁵ por la “admirable sencillez”, otros⁵¹⁶ por la juventud y vigor de las leyes bárbaras, el

⁵¹³ En penal, cfr: MOMMSEN, T. (1898). *Derecho Penal Romano*. T. I, III, Cap. IV. Madrid: La España Moderna.

⁵¹⁴ SPENGLER, *op. cit.*, Tomo 2, p. 83, 93, 95.

⁵¹⁵ MONTESQUIEU, C. (1980). *Del espíritu de las leyes*. XXVIII, I. Madrid: Tecnos.

⁵¹⁶ SPENGLER, *op. et loc. cit.*

“derecho germánico” tiene sus numerosos turiferarios en detrimento del derecho romano.

Segundo período

Nada informa el autor sobre el período inmediato poscaída del Imperio, pero hay que suponer que si cuando, según dice, fue necesario desplazar el modelo *intrajurídico* germánico (similar al griego arcaico) y *sustituirlo* por el *extrajudicial* de la verdad (pág.78), se recurre al modelo practicado en el imperio carolingio y aparecen “antiguas reglas” del derecho romano (pág. 75), “viejo derecho de Estado” (pág. 68), hasta esos momentos los invasores habrían implantado su derecho germánico. El modelo carolingio consistía en requerir el testimonio de personas consideradas capaces de conocer las costumbres, el derecho o los títulos de propiedad para la solución de un problema, “procedimiento de indagación administrativa”, también practicada desde antes por la Iglesia mediante “visitaciones eclesiásticas” generales y parciales (págs. 78-81). La indagación tiene pues doble origen, administrativo ligado al nacimiento del Estado y religioso (pág. 81). Al respecto, hay mucho que observar.

- a) Las poblaciones invadidas eran casi sin excepción poblaciones romanizadas. En Galia que conquistara Julio César,⁵¹⁷ la población gala luego de las invasiones estaba romanizada en sus costumbres, lengua, religión y derecho.⁵¹⁸ “El obispo organizaba

⁵¹⁷ JULIO CÉSAR (1908). *De bello gallico*. Paris: Librería Hachette.

⁵¹⁸ BURCKHARD, J. (1982). *Del paganismo al cristianismo*. México: FCE, sección tercera; REMONDOND, R. (1964). *La crise de l'empire romain*. Paris: Presses universitaires de France, cap. III, H.; JOHNSON, P. (1989). *Historia del cristianismo*. Buenos Aires: Javier Vergara, cuarta

las defensas, dirigía la economía de mercado, presidía la justicia, negociaba con otras ciudades y otros gobernantes”.⁵¹⁹ Los habitantes del ex Imperio “continuaron pagando los impuestos, litigando ante los tribunales romanos, leyendo autores clásicos, yendo a los baños y pasando el tiempo en insignificancias”.⁵²⁰

- b) Las célebres “leyes romano bárbaras” (que no cuentan para Foucault), al establecer el principio de la *personalidad de la ley*, hicieron posible y fomentaron que los romanos continuaran rigiéndose por las instituciones de su derecho, que en alguna de ellas incluso se aplicaron a ambas poblaciones. El Edicto de Teodorico (circa 503), la *Lex Romana Wisigotorum* (506) y la *Lex Romana Burgundiorum* (561) son suficientemente conocidas como para agradar a la brevedad haciendo omisión de comentarios sobre ellas. Sea suficiente recordar que el Edicto de Pistes (864) informará circunstanciadamente sobre las poblaciones que continuaron rigiéndose por sus respectivas leyes (bárbaras y romanas). “El edicto de Pistes prueba dos cosas: que había países que se juzgaba según la ley romana, y otros donde no se juzgaba según esta ley; y que los países en que se juzgaba según la ley romana eran precisamente aquellos en que

parte; KURTH, G. (1948). *Los orígenes de la civilización moderna*. Buenos Aires: Emecé, cap.IX. A pesar de estar en veredas opuestas, Charles Segnobos (*Historia Universal*, T. II, Cap. XIII) concuerda en este punto con Kurth. Valga anotar que el belga Kurth considera a la germana como “la más conocida y mejor dotada de las razas;” no obstante lo cual “siempre hubo en Germania un partido romanófilo” (*op. cit.*, cap. II); MENÉNDEZ Y PELAYO, M. (1880). *Historia de los heterodoxos españoles*. Tomo I. Madrid: F. Mariotto e Hijos; BLOCH, R. y COUSIN, J. (1967). *Roma y su destino*. Barcelona: Labor, cap. VIII, p. 3.

⁵¹⁹ JOHNSON, *op. cit.*, p. 159.

⁵²⁰ KURTH, *op. et loc. cit.*

aún se sigue aquella ley, como parece desprenderse de este edicto”.⁵²¹ Algunas fueron aplicadas a ambas poblaciones.

- c) En el período merovingio, el cese de la dominación política romana con la derrota de Clodoveo,⁵²² “rey de los salios”, al gobernador Siagrio (486), no produjo el eclipse de la penetración romana en la cultura y la praxis jurídica en los territorios ocupados. En el 507, jurando vasallaje a Anastasio I, es nombrado “cónsul general de las Galias” y en el año 509 es proclamado rey de los francos. Sanciona la famosa “ley Sállica” que, si bien regulaba básicamente la sucesión monárquica, contiene también normas de derecho civil y penal en la que se entremezclan elementos germánicos y romanos. “Es significativo que esta última oración fuese extraída de la séptima *novella* de Justiniano”⁵²³ y su portada dice: “*Vivat qui Francos diligit Crhistus*”.⁵²⁴ Se convierte al cristianismo, cuya Iglesia “*vivit in lege romana*”. Cossio decía que cuando los nazis invadieron Francia, los franceses conservaron su derecho. ¿Quiere decir que pusieron a buen resguardo los libros de derecho? No, se siguieron comportando de acuerdo a sus preceptos. En el reino de los francos y ripuarios convivieron los bárbaros y los romanos cristianos dirigidos por el obispo, que hablaba latín, se reportaba al primado de Roma y con gran influencia “organizaba las defensas, dirigía la economía de mercado, presidía la justicia, negociaba con otras ciudades y otros gobernantes”;⁵²⁵ ningún obispo

⁵²¹ MONTESQUIEU, *op. cit.* XXVIII, II, IV.

⁵²² GUIBON, E. (1984). *Historia de la decadencia y ruina del Imperio Romano*. Tomo IV. Madrid: Turner, cap. XXXVIII.

⁵²³ JOHNSON, *op. cit.*, p. 159.

⁵²⁴ Prólogo de la Ley Sállica.

⁵²⁵ JOHNSON, *op. et loc. cit.*

sometería a sus fieles a alguna ordalía u otras soluciones del régimen de la prueba. Políticamente bárbaros y provincianos eran iguales y cada pueblo conservó su propia legislación. Los que no entendían la lengua de los bárbaros ni aprobarían sus costumbres, se regían por normas del derecho romano y en función de las mismas dirimían sus conflictos. Con anterioridad a la ley de los burgundios, se había sancionado una ley germánica (Ley Gombeta), cuyo segundo prefacio ordena que los romanos fuesen juzgados por su ley.⁵²⁶

- d) Que en el imperio merovingio y especialmente en el carolingio el derecho romano se haya *impuesto* (pág. 68) al derecho germánico no es exacto. Carlomagno, “*rex francorum et longobardorum*”, nunca “*rex romanorum*”, gobernó un reino que fue un Estado esencialmente germánico, cuyo derecho fue predominantemente germano, no romano. Para Koschaker, hay una “convicción general de que no significó una renovación del antiguo imperio romano”.⁵²⁷ “Los reyes de la primera monarquía suprimieron de las leyes sálicas y ripuarias lo que no podía estar de acuerdo con el cristianismo, pero su fondo subsistió por entero”.⁵²⁸ No obstante, el derecho romano irradió y elevó favorablemente el derecho de los francos, sea supliendo sus falencias, sea humanizando sus instituciones.⁵²⁹ En el período en cuestión se restauraron y derogaron reglas del derecho romano que sería largo detallar, pero valgan algunos ejemplos: el principio romano “*quod principi placuit legis habet vigorem*”

⁵²⁶ ORTOLAN, M. (1912). *Historia de la legislación romana*. Madrid: Hijos de Leocadio López, p. 414.

⁵²⁷ KOSCHAKER, *op. cit.*, p. 43.

⁵²⁸ MONTESQUIEU, *op. cit.*, XXVIII, I.

⁵²⁹ RICCOBONO, S. (1975). *Roma, madre de las leyes*. Buenos Aires: Depalma, p. 12.

fue suplantado por “*lex consensu populi fit et constituione regis*”; se legisló a través de “asambleas generales” que emitían opinión con absoluta libertad y, en asuntos más complejos, se formaban comisiones especiales para su mejor solución; la presencia de obispos y personas competentes en las asambleas y comisiones hizo que costumbres y leyes bárbaras fuesen reguladas con criterios más humanitarios de la doctrina católica y el derecho romano. Allí de seguro en busca de la verdad se esgrimirían mejores razones que un juramento, el recitado de alguna fórmula o un eventual combate; se creó un cuerpo de funcionarios como agentes o mandatarios del soberano, los “*misi dominici*” (comisarios del rey), que recorrían e inspeccionaban cada distrito, ponían límites a las excesos de los señores feudales, hacían minuciosas “indagaciones” sobre la vida pública de los habitantes, reparaban las injusticias o enviaban los asuntos más complicados al soberano; se crearon colegios de magistrados (*échevins*) encargados de elaborar y dictar las *sentencias*,⁵³⁰ en los homicidios intervenía un *juéz* que podía imponer la composición obligatoria; se prohibió el uso de armas en las reuniones públicas y se estableció como principio “*non occidatur homo, nisi lege jubente*”.⁵³¹

En este período encontramos pues inquisición de la verdad, *testimonios*, jueces, sentencias, etc. no existentes en el derecho germánico, al decir del autor, que, por otra parte, limita el método carolingio de indagación a las “*visitationes episcopales*”, generales y especiales, practicadas por los

⁵³⁰ MONTESQUIEU, *op. cit.*, XXVIII, I.

⁵³¹ KOSCHAKER, *op. et loc. cit.*; KURTH, *op. cit.*, cap-I. X; RICCOBONO, *op. cit.*, cap. I. Este último menciona un “*imperium romanum cristianum*”. BURCKHARD, *op. et loc. cit.*; JOHNSON, *op. cit.*, tercera parte; KURTH, *op. cit.*, caps. XII/XIII; DE FRANSCISCI, P. (1954). *Síntesis histórica del derecho romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 816.

obispos y las grandes instituciones monásticas desde *antes* de la época carolingia (pág. 80). Mediante la “*inquisitio generalis*” y, consultando a vecinos notables, se tomaba nota del estado de la diócesis, si se habían cometido faltas, crímenes o pecados. De ser así, se pasaba a la “*inquisitio specialis*” para averiguar qué había ocurrido, la naturaleza del acto y quién o quiénes eran los autores. Tal inquisición espiritual se extendió administrativamente a la manera de administrar los bienes de la Iglesia (pág. 81). Esta práctica religiosa y administrativa fue la que salvó a la indagación de haberse perdido definitivamente (pág. 80). La figura “diabólica” del “procurador del rey” aparece en el siglo XII, “no tiene precedentes en el derecho romano” (pág. 75) y la introduce en los procedimientos judiciales. ¡Pero hacía lo mismo que los visitadores eclesiásticos! (pág. 81).

Tercer período

En opinión del autor, la sociedad feudal entra en una etapa de barbarie rampante, los elementos de indagación griegos o romanos caen en el olvido (pág. 80) y se impone el derecho “*esencialmente germánico*”, muy parecido al antiguo derecho griego arcaico, cuyas principales características se señalarán infra (VI). Valga acotar que en términos jurídicos romanos nos referimos a los medios a emplear para demostrar precisamente la verdad o realidad de hechos controvertidos y la justicia de la solución (medios probatorios). La prueba germánica es un hecho que pone fin a un conflicto, sea cual sea la “verdad” en el caso y la eventual justicia. La prueba romana son los recursos cognitivos heurísticos para hallar la verdad en la que pueda basarse la solución más justa. Podemos decir que el sistema romano “resuelve” los conflictos, mientras el germánico solamente los “disuelve”.⁵³²

⁵³² MALLANDI, R. (2010). *Ética Convergente*. Tomo II. Buenos Aires: Las Cuarenta.

Que tal haya sido el núcleo del derecho germano, antes o después de las invasiones, no amerita discusión aquí; valga atenernos a la descripción que hace el autor. Pero que tal núcleo se haya implantado en *todo el occidente* europeo desplazando al derecho romano, excepción hecha en alguna medida en los imperios merovingio y especialmente carolingio, hasta finales del siglo XII, es históricamente insostenible. El autor se circunscribe al reino particular de los francos. Al emitir desde esa base local una enunciación general, incurre en un vicio lógico y una afirmación quizá metafísica. Pero, en las mismas leyes *sálicas* y *ripuarias* de los francos, los más reacios, sin perjuicio de haberse suprimido “lo que no podía estar de acuerdo con el cristianismo”,⁵³³ pueden rastrearse diversas prácticas indagatorias. “El demandante hacía oír a sus testigos (...) el demandado hacía oír a los suyos y el juez buscaba la verdad en uno y otro testimonio”.⁵³⁴ Si esto no es *indagación*...

Entre otros aspectos merecedores de crítica, valga señalar: a) Foucault reduce su recorrida histórica al derecho de los territorios dominados por los francos, omitiendo considerar comparativamente la pluralidad de pueblos y derechos existentes en la Edad Media europea. Su análisis es pues parcial y presumiblemente ideológico; no es un secreto la postura de parte de la doctrina francesa al derecho romano; b) Se hace eco de la famosa leyenda negra sobre la Edad Media, fogueada por el iluminismo y la ilustración y, en el campo del derecho, por la obra de E. Gibbon.⁵³⁵ Hoy en día está en franca retirada y habría mucho para comentar si hubiera espacio suficiente. Sin perjuicio de que históricamente es insostenible que toda una tradición jurídica pueda desaparecer de un día para otro y entrar en la “unánime noche” borgeana, de los mismos dichos del autor puede colectarse la debilidad de su postura.

⁵³³ MONTESQUIEU, *op. cit.*, XXVIII, 1.

⁵³⁴ *Ibidem*, XXVIII, XIII.

⁵³⁵ GIBBON, E. (1984). *Historia de la decadencia y ruina del Imperio Romano*. Madrid: Turner, 8 tomos.

Si la indagación, al menos en la práctica eclesiástica, “existió *durante toda la Edad Media*” (81), los siglos X al XII no habrían formado parte de la misma, o la Iglesia habría operado en otro planeta. Sin embargo, nos cita el caso de Guillermo el Conquistador, que en 1096 (siglo XI) hizo precisa indagación laica (pág. 79). En el mismo siglo (1065), en un juicio concerniente a la Abadía de Sr. Trond, Lorena, se practicó una minuciosa indagación sobre las costumbres de los habitantes y sus antepasados.⁵³⁶ La falta de espacio nos hace omitir otros casos. Aunque Montesquieu nos dice que después de Carlomagno las naciones victoriosas “volvieron a las tinieblas de donde habían salido”, comenta luego que, cansados los francos y ripuarios de las pruebas negativas “que no probaban nada y no tenían conexión ni con la inocencia ni con el delito”, establecieron la “ley del combate”. En tal forma de resolver conflictos aparecen reglas, magistrados, jueces, testigos, penalidades al falsario, indagaciones, sentencias, apelaciones, penas pecuniarias, etc., dando lugar a una jurisprudencia tan exuberante y compleja como para que San Luis aboliera el combate judicial. Casi todos los elementos de los que según Foucault carecía el derecho germánico, especialmente la indagación, aparecen en las leyes y prácticas judiciales bárbaras germanas del siglo X al XII.⁵³⁷

La legislación que se aplicó en la Hispania visigoda fue *Liber Iudiciorum* o *Lex gothica* (654 Recesvinto; 681 Ervigio), que, a su vez, reconoce como antecedente la *Lex Romana Wis aigotorum*, traducida al incipiente español en 1241 como Fuero Juzgo. Espigemos algunas de sus prescripciones:

Quotiens causa auditur, probatio quidem ab utraque parte, hoc est, tam a patente, quam ab eo qui patitur, debet inquiri, et quae magis recipere debeat, iudicem

⁵³⁶ CRUMP, C. y JACOB, E. (comp.) (1944). *El Legado de la Edad Media*. Madrid: Pegaso, p. 384.

⁵³⁷ MONTESQUIEU, *op. cit.*, XVIII, cap. XI, XVII, XVIII, XI, XIX, XXII, XXVIII/XX.

discernere oportet. Tamen si per probationem rei veritas investigare nequiverit, tun ille qui pulsatur, sacramentis se expiet, rem, nec si quid ab eo requiritur, neque habuisse, neque habere, neque aliquid de causa unde interrogatur, se conscium esse, vel quidquam inde in veritate scire, nec id quod dicitur, et illi parti cui dicitur, commississ: et postquam ita iuraverit qui pulsatur est, quinque solidos ille qui pulsaverit, ei cogatur absolvere (Ibidem, II. II (3) VI).

Fuero Juzgo: *En los pleitos que el juez oye, cada una de las partes debe dar sus pesquisas e sus, y el juez debe catar qual prueba mejor. E si por las pruebas no pudiese saber la verdad, entonze debe mandar el juez a aquel a quien se querellaban, que se salve por su sacramento, que aquella cosa que demandan, non la ovo, ni la a, ni sabe ende nada, ni lo cree, ni que non fizo aquello que dizen. E pues que iurar aquel quel demandó tuerto, peche V sueldos.*

In improvisis certe acute ratio indagacione cognosci (Forum Iudicum I. I).

Fuero Juzgo: *En las cosas que no son conocidas, debe omne subtilizar por las cognoscer, é por la saber.*

Iudex, ut bene causam agnoscat, primun testes interroguet deinde scripturas requirat ut veritas possit certius invenire ne ad sacramentum facile inveniatur. Hoc enim iustitiae potius indagatur vera commendant, ut scripturae ex ómnibus concurrant, et iurandi necessitas sese inopinata omnino suspendat. In is vero causis sacramenta praestentur, in quibus nullam scripturam, vel probationem, seu certa indicia veritatis discursio iudicantis invenerit (Forum Iudicum II. I. XXI).

Fuero Juzgo: *El iudez que bien quisiere oyr el pleito, debe primeramente saber la verdad de los testimonios, si los oviere en el pleito, o del scripto si lo y viere, e non devenir al sagramento de las partes, ni las debe coniar livianamente. Ca esto semeja mejor derecho, que el escrito venga primeramente por saber la verdad, e después venga el iuramiento si fuere menester. E mandamos que en los pleitos sea dado el sangramiento de las partes cuando no pudiese ser provado por testigos, ni por escripto.*

Eric iudicans in indagando vivax, in previnieundo fixus, in decernendum non axius, in percutiendo parcus, in parcendo assiuus, in inocente vindex, in noxio temperatus, in advena sollicitus, in indígena mansuetus. Personan tanto nesciat accipere, quanto et contemnat eligere (Liber Iudicum I, VII).

Fuero Juzgo: *El juez debe ser entendido en iudgar derecho: debe ser muy anteviso: non debe ser muy coyoso por departir: debe ser muy mensurado en penar: debe a las veces parcir: debe penar al qui faze mal, e debe haber templanza en dar pena: e debe haber cuidado del omne estrann: debe ser mesurado en el que es de la tierra, así que la persona de cada uno non desprecie, nin escoia de fazer más derecho al uno, que al otro.*⁵³⁸

Esta referencia demuestra: a) el reduccionismo de intentar abonar una tesis general con una legislación local como la de los francos, al parecer la única existente para el autor; b) la existencia de una continuidad legislativa vigente en el reino de los visigodos al menos hasta el siglo XIII, en la que se encuentran presentes la indagación de la verdad jurídica y todas las instituciones jurídicas (interrogatorios, autoridad jurisdiccional, jueces, sentencias, infracciones, multas, etc.) que, según el autor, habrían caído en el olvido en la Baja Edad Media del continente europeo. Aunque para Montesquieu las leyes visigodas “de retórica y vacías de sentido, son frívolas en el fondo y gigantescas en el estilo”,⁵³⁹ ofrecen numerosos ejemplos de prácticas indagatorias que también pueden rastrearse en la “admirable sencillez” de las leyes bárbaras, si se lee atentamente su abundante exégesis que nos brinda en el Libro XXVIII de su obra magistral.⁵⁴⁰

⁵³⁸ *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, Madrid: Antonio de San Martín, 1872, Tomo Primero, Primero Titulo, Libros I/XIII; GARCÍA VOLTA, D. (1977). *El mundo perdido de los visigodos*. Barcelona: Javier Carvajal.

⁵³⁹ MONTESQUIEU, *op. cit.* Libro XXVIII, cap. I.

⁵⁴⁰ *Ibidem, op. cit.*, Libro XXVIII, caps. I/XL.

Y no se hable de Italia, donde por obra de los papas se conservó la escritura, el latín y el derecho romano,⁵⁴¹ en la que se funda la Universidad de Bologna y la obra de los glosadores ya se expandía ampliamente más allá de sus fronteras.

En cuanto a las condiciones de la época, la historiografía moderna va disipando las tinieblas reconociendo la existencia de ciudades florecientes, el renacimiento y expansión del comercio y la agricultura, la formación del sacro imperio poscarolingio, etc.,⁵⁴² y poniendo en evidencia que no fue tan tenebrosa y con “sistemas bárbaros, arcaicos, irracionales” como refiere el autor (fs. 82). Sin suscribir encantamientos como el de Johnson (“Una de las grandes tragedias de la historia humana –y la tragedia fundamental de la cristiandad– es la quiebra del armonioso orden mundial que se había desarrollado en la Edad de las Tinieblas”) o de anhelar, como Berdiaev, “una Nueva Edad Media”, ciertamente ha sido una etapa histórica mucho más compleja y culturalmente más civilizada que transmitida por la leyenda negra. Es hasta absurdo conjeturar que hayan pasado dos siglos y medio sin que en el mundo del derecho haya existido preocupación por la verdad y formas de buscarla como la indagación por testimonios u otros medios empíricos y racionales.⁵⁴³

⁵⁴¹ *Ibidem*, *op. cit.*, Libro XXVIII, cap. XI.

⁵⁴² RICCOBONO, *op. cit.* pp. 6-17; KOSCHAKER, *op. cit.*, cap.VII; MONTESQUIEU, *op. et loc. cit. et passim*.

⁵⁴³ JOHNSON, *op. cit.*, cuarta parte; BERDIAEV, N. (1979). *Una Nueva Edad Media*. Buenos Aires: Carlos Lohle. ARIES, P. y DUBY, G. (1988). *Historia de la vida privada. El individuo en la Europa Feudal*. Tomo IV. Madrid: Taurus; SÁNCHEZ ALBORNOZ, C. (1974). *En torno a los orígenes del feudalismo*. Tomo II. Buenos Aires: Edudeba; ROMERO, J. L. (1949). *La Edad Media*. Breviarios. México: FCE; WEBER, A. (1935). *Historia de la Cultura*. México: FCE, cap. 5.

IV

Párrafo aparte amerita la sorprendente afirmación de que, con motivo de haberse llegado al “establecimiento de la sentencia” recién con el obrar del procurador (siglo XII), aparece “una noción absolutamente nueva”, “como una de las grandes invenciones del pensamiento medioeval”, la “infracción” y el “gran mecanismo” de las multas (págs. 76-77), fenómenos concomitantes con la consolidación del poder estatal.

La infracción “es una ofensa o lesión de un individuo al orden, al Estado, a la ley, a la sociedad, a la soberanía, al soberano” (pág.76). Si no hubiera sido hasta muy entrada la Baja Edad Media en Europa (siglo XII) no habría existido derecho penal, del que el autor precisamente extrae su tesis (pág. 18); quien atentara contra el Estado, la sociedad, la ley o el soberano habría gozado de absoluta impunidad. Foucault funda esta rara afirmación, a todas luces insostenible, diciendo que “ya no se puede hablar de Estado en esa época” (pág. 77), es decir, en la edad de las tinieblas los pueblos habrían sido una serie de hordas resolviendo sus conflictos por la fuerza sin siquiera una organización mínima del poder. Sin embargo, por lo que se sabe, los pueblos invasores siempre venían dirigidos por sus respectivos jefes reyes, algunos convertidos en funcionarios o delegados imperiales, y es poco probable que permanecieran impasibles ante cualquier ofensa a la fidelidad personal debida al jefe que era el sentimiento predominante en vez del concepto abstracto de Estado.⁵⁴⁴ “*Ad periculum capitis tuis*” advertían los reyes bárbaros a los encargados de hacer cumplir las leyes que dictaban. Al parecer, Foucault confunde la infracción como ofensa mayestática con el medio de reparación, que identifica con el “mecanismo de las multas”. Pero, como veremos, también las multas eran usuales.⁵⁴⁵ No se entiende cómo pueda sostenerse que “la infracción

⁵⁴⁴ CRUMP y JACOB, *op. Cit.*, p. 382.

⁵⁴⁵ JOHNSON, *op. cit.*, p. 160.

es una de las grandes invenciones (sic) del pensamiento medioeval”, al igual que las *multas*, cuando fueron institutos inveterados en el mundo romano e incluso en las costumbres germanas.

En el procedimiento penal romano el incumplimiento de la ley siempre significó una infracción.

Para que hubiera pena propiamente dicha, era necesario que existiera una ley del Estado donde se regulase previamente el delito y el procedimiento correspondiente.⁵⁴⁶

El poder penal de los magistrados iba dirigido contra aquellos daños ocasionados a la comunidad, a causa de los cuales el representante de la misma se hallaba obligado a exigir desde luego al autor de ellos la correspondiente responsabilidad, ateniéndose a los preceptos vigentes. La “coerción” (*coercitio*) del magistrado (Aquella parte del régimen discrecional que todavía se dejó al magistrado para que pudiese imponer penas válidamente dentro de la ciudad, sin necesidad de que las mismas fueron confirmadas por los Comicios, y sin necesidad de que interviniera en la sentencia el jurado, es lo que llamamos nosotros la “coerción”), procedimiento contra la insubordinación y la desobediencia al magistrado de hecho comprendía todas las reglas y medidas preventivas y coercitivas adoptadas por los magistrados para la conservación y defensa del orden público; este poder era por esencia discrecional, no sometido a leyes, sino dependiente tan solo del arbitrio del que lo ejercía.⁵⁴⁷

La multa fue también una de los instrumentos de reparación; no se muestra cuál pudo ser una novedad en el siglo XII. En el derecho romano

las indemnizaciones pecuniarias en favor de la comunidad se encuentran ya en el más antiguo orden jurídico. (...) El lenguaje no tenía palabra para designar

⁵⁴⁶ *Ibidem*. T. 2. V, I.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, T. I. I, IV.

técnicamente más que las indemnizaciones a la comunidad. La palabra multa significaba propiamente la indemnización impuesta por el magistrado en virtud de su potestad coercitiva y en favor de la comunidad, indemnización que era más antigua que la impuesta con carácter penal (...) sin embargo, según un uso muy lato, es cierto, pero también muy antiguo y general, se llamaba multa a toda indemnización impuesta a favor de la comunidad, incluso, por tanto, las legales y judiciales.⁵⁴⁸

Pero también las multas eran contempladas por las instituciones bárbaras. El “espíritu” de las leyes sálicas, ripuarias, borgoñonas y visigodas, que siguió vigente aún después de que estas leyes dejaran de tener vigencia, consistió en “resolver la mayor parte de los asuntos por medio de multas”.⁵⁴⁹ La negligencia de ciertos vasallos ante los tribunales de justicia dio lugar a cierto tipo de apelaciones “teniendo en cuenta además que esto se convertía en una gran cantidad de multas cuyo producto beneficiaba al señor superior”.⁵⁵⁰ Las multas que se aplicaron como mecanismo de las confiscaciones también se venían utilizando en el occidente cristianizado para contener las incontinencias germanas. “La sociedad germánica adhería al feudo de sangre, cuyos destrozos y ramificaciones teñían la totalidad de la conducta social y pública; la iglesia igualmente estaba ansiosa de eliminarlo mediante un sistema de multas y cobradas por vía legal”.⁵⁵¹

Es aquí donde, en mi opinión, aparece con más claridad el sesgo ideológico del autor y la adecuación del relato a las exigencias de su tesis. La indagación nacida en Grecia, a más de un tipo de conocimiento, era una forma democrática de “oponer la verdad al poder” (pág. 64). Pero en el siglo XII se la reinventa, y aunque, dice, con bastante diferencia,

⁵⁴⁸ MOMMSEN, *op. cit.* 2. V, XI. 1.L. segundo, p. 193.

⁵⁴⁹ MONTESQUIEU, *op. cit.* Libro XVIII, cap. IX.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, XXVIII, XXVIII.

⁵⁵¹ JOHNSON, *op. cit.*, p. 160.

la reduce al accionar del procurador del rey, que hacía lo mismo que los visitantes eclesiásticos (pág. 81). ¿Dónde está pues la diferencia? Pues en que se va hacer uso de ella para investigar, vigilar y castigar hasta llegar a la sociedad panóptica de Bentham (conferencias cuarta y quinta), es decir, como forma política de imponer el poder-saber controlador en vez de instrumento para oponerle la verdad sin poder. Para fundamentarlo hay que aportarle un cierto relato *ad hoc*.

V

De las variadas significaciones de la palabra “indagación” que ofrecen los diccionarios latinos, parece apropiada la de “perseguir siguiendo una pista”, que se conciliaría con la derivación de “senda”, “andén”, y equivaldría también a “investigar” (*in-vestigium*: huella). En derecho se utiliza con sentido más específico “*inquisitio*” (de *inquiero, is, ere, sivi, situm*): inquisición, investigación, examen, instrucción de un proceso. “*Inquirere in ea quae de memoria sunt prodita*”: consultar las tradiciones históricas. “*Inquirere de rebús capitalibus*”: instruir un proceso criminal. Procesalmente existe un acto específico de indagación (indagatoria), pero conceptualmente podemos entender “indagación” (*inquisitio*) como búsqueda o investigación de la verdad en el campo del derecho a través de determinados medios empíricos, retóricos o racionales de probación y fundamentación.⁵⁵²

⁵⁴⁸ MOMMSEN, *op. cit.* 2. V, XI. 1.L. segundo, p. 193.

⁵⁴⁹ MONTESQUIEU, *op. cit.* Libro XVIII, cap. IX.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, XXVIII, XXVIII.

⁵⁵¹ JOHNSON, *op. cit.*, p. 160.

⁵⁵² MACCHI, L. (1941). *Diccionario de la lengua latina*. Rosario: Apis; GARCÍA DE DIEGO, V. (1985). *Diccionario etimológico Español e Hispánico*. Madrid: Espasa-Calpe.

Es algo enrevesado el concepto foucultiano de indagación (*inquisitio*), merced a la cual la democracia griega logra el derecho de dar testimonio. En primer lugar, si la “gran revolución” griega del saber jurídico proviene de la conjunción de los tres niveles de conocimiento, que son el filosófico: formas racionales de la demostración; el retórico: arte de persuadir, convencer o empírico; y el nuevo tipo: conocimiento por testimonios, recuerdo o indagación (pag. 64), o de la indagación como nuevo y tercer tipo: “indagación o testimonio que permita decir quién dice la verdad”, “un nuevo tipo de conocimiento por testimonio, recuerdos o indagación” (pág. 64), sin quedar claro, además, si “testimonio” se refiere solo a personas u otros elementos culturales que aportan evidencias. Si la verdad se obtiene por “testimonios, recuerdos o indagación” (*e* indagación), la tautología es palpable: indagación obtenida por indagación. Para salvarla, deberíamos entender que la indagación (pág. 73) constaba de testimonios y recuerdos (testimonios y recuerdos *sive indagatio*). Por los ejemplos que aporta parece que se refiere a este último significado. No es la de los filósofos (“*enquête*”), ni otras formas curiosas como sociología, psicología, psicopatología, criminología, psicoanálisis, que son más bien “examen”. A fs. 65 nos dice que de la indagación nacida en Grecia resultó una “determinada forma de descubrimiento judicial, jurídico, de la verdad, el cual constituye el modelo o punto de partida para una serie de otros saberes (filosóficos, retóricos y empíricos)”, o sea, los tres generados en Grecia, “al cabo de un largo proceso (fs. 64), que pudieron desarrollarse y que caracterizan al pensamiento griego”. ¿En qué orden se fueron generando los saberes: 1, 2, 3 (fs. 64) o 3, 2, 1 (fs. 65)?

Esta indagación nacida en Grecia permaneció olvidada y se perdió (pág. 65), pero “hubiese sido olvidado totalmente si la Iglesia no los hubiese utilizado para la gestión de sus propios bienes” (pág. 80). Permaneció perdida y olvidada, pero, sin embargo, no fue totalmente olvidada y su modelo subsistió hasta el siglo XII (pág. 81). La indagación *no existió* en la sociedad feudal, pero, sin embargo, “existió durante toda la Edad Media” (pág. 81). Se dirá que se refiere a la indagación eclesiástica, pero

luego nos dirá que el procurador del rey, que la introdujo en los procedimientos judiciales, hacía lo mismo (pág. 81). Nace en Grecia como una “gran revolución” de una determinada forma de saber jurídico (fs. 65), pero, perdida y olvidada, es “retomada bajo otra forma varios siglos después en la Edad Media” (pág. 65), como de “una especie de segundo nacimiento” (pág. 65). No obstante, nacida por segunda vez o retomada, al mismo tiempo se la “inventa” con destino capital para Occidente, en el siglo XII (fs. 72), invento que consistió en adoptar el modelo extrajudicial de la “indagación” que, aunque “existía en la época de imperio carolingio” (fs. 78, 80), hubo que esperarlo hasta el siglo XII (fs. 82) cuando nos encontramos con que en sustancia no concernía tanto a los contenidos sino a las *formas* y condiciones de posibilidad del saber, pero no fue una *forma* de saber jurídico, “una especie de progreso” en la racionalización de los procesos judiciales, sino “toda una transformación política” (fs. 82). Difícil salir del laberinto.

VI

En el derecho germánico “nunca interviene en este tipo de sistema un procedimiento de investigación de la verdad. Este era el núcleo del derecho germánico antes de la invasión del Imperio romano” y “no presenta ninguno de los elementos de los procedimientos de indagación, establecimiento de la verdad de las sociedades griegas o el Imperio romano” (pág. 68). No existía el *interrogatorio* y se regía por el *juego de la prueba*. Todo consistía en saber si hubo ofensa, quién la practicó y si el que ha inferido la ofensa es capaz de soportar y sale airoso de la prueba que le propone el ofendido (juramento, fórmulas, ordalías, combate judicial). No hay (salvo traición y homosexualidad) *acción pública* porque no hay nadie representando a la sociedad o un grupo o al poder. No hay *acción pública*, el proceso se desarrolla de a dos entre quien acusa (el ofendido o un miembro de su familia) y quien se defiende, de a dos, nunca de

tres, y se requería también la existencia de un daño real o presunto afirmado por alguien que lo alegara (primera condición). La terminación del pleito como una especie de lucha entre contendientes, una guerra particular que el procedimiento ritualiza como forma reglamentada de hacerla. El derecho no se identifica con la paz, es una “forma ritual de la guerra” cual “venganza judicial” (segunda). Una tercera, no hay oposición entre derecho y guerra, ya que siempre existía la posibilidad de una transacción, generalmente una suma acordada de dinero, que no era *rescate* de la falta, sino daño y venganza (tercera). “Nunca interviene en este tipo de sistema uno de procedimiento de investigación de la verdad. Este era el núcleo del derecho germánico antes de la invasión del Imperio romano” (pág. 68). El litigio se resolvía por el sistema de la prueba (*épreuve*): una serie de ellas admitidas por ambas partes a modo de desafío, que no era la prueba de la verdad sino de la fuerza, del peso o la importancia de quien decía. El *juramento* no era testimonio que garantizara la inocencia sino la importancia social del individuo y la solidaridad social que era capaz de suscitar. La prueba de la inocencia no requería el *testimonio*. La verbales consistían en *ciertas fórmulas* que debían pronunciarse sin error; mal pronunciadas, se perdía, no por haber mentido o por haberse probado que se había mentido, sino por el solo hecho de haberlas pronunciado incorrectamente. Las pruebas *corporales* o *físicas* consistían en ordalías del agua o del fuego y especialmente el combate judicial (juicios de Dios). Se trataba de batallas con asistencia de público para saber quién era más fuerte. Quien ganaba la lucha, ganaba el proceso. No se procuraba investigar la verdad, era más bien un juego de estructura binaria: el acusado acepta o no someterse a la prueba, si no acepta, pierde el proceso de antemano; si acepta, gana o fracasa, no hay otra posibilidad. La forma binaria era la primera característica de la prueba. La segunda, que el proceso termina en una victoria (del más fuerte) o un fracaso (del más débil). No existe un *Poder Judicial* (pág. 75), tampoco la *sentencia* o la separación entre verdad o error, solo la victoria o el fracaso. “En ningún momento aparece algo semejante a la sentencia, como ocurrirá a finales del siglo XII y comienzos del XIII”

(pág.71). La tercera característica es la automaticidad de la prueba. No se requiere la intervención de ningún tercero, y si aparece alguien con el nombre de *juez*, lo es al solo efecto de comprobar como testigo la regularidad del procedimiento (pag. 71). La cuarta, el mecanismo de la prueba no sirve para determinar quién tiene razón sino para establecer quién sea el más fuerte, lo que equivale a tener razón (pág. 72).

Cotejado sumariamente el sistema de la prueba expuesto por el autor con los principales lineamientos del sistema romano, en materia de indagación de la verdad jurídica el contraste es frontal. Afirma el autor que el derecho feudal germánico “no presenta ninguno de los elementos de los procedimientos de indagación, establecimiento de la verdad de las sociedades griegas o del Imperio romano” (pág. 68). Ocioso sería comentar, y la estrechez del espacio concedido calza para ello, que en el derecho romano existieron todos y cada uno de los elementos o instituciones jurídicas que, según el autor, no existieron en el derecho germánico. Es fácilmente demostrable en cada caso y, además, inferible: si no hubieran existido en el derecho romano, no se detectaría su falta en el germánico. Se ha hecho mención supra a la infracción y las multas, pero puesto que la *indagación* es el tema principal, me centraré en esta institución clásica en el derecho romano. En efecto, la búsqueda o indagación de la verdad de los hechos era la base de todo proceso (“*da mihi factum, dabo tibi ius*”). Se entendía por “*cognitio*” “la averiguación de la verdad, el interés del Estado para que prive la razón por encima de la habilidad, sabiduría o malicia de los litigantes”. Cuando la averiguación de la verdad jurídica estaba a cargo del pretor o del juez, se daba la *cognitio* por inquisición (*inquisitio*). “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”. El juez “no solo oye, sino que inquiere, intuye y deduce. Lo característico de la *cognitio* es el poder de investigación de que está dotado el magistrado y de la *cognitio extra ordinem*, como la llamaron los juristas clásicos o de la *cognición* extraordinaria como la llamó Justiniano, surgió el proceso de *cognición* o de conocimiento

de los tiempos actuales”.⁵⁵³ En materia penal “había dos formas fundamentales de procedimiento: el juicio arbitral y la inquisición”. Tanto en uno como en otro la indagación de la verdad por testimonios era fundamental.

Mientras en las demandas civiles por causa de delito, el actor mismo era quien debía en general proporcionarse y alegar los medios de prueba, y singularmente era él quien había de preparar la comparecencia de los testigos necesarios; en el procedimiento penal público, al revés, el magistrado tenía facultades ilimitadas para citar a quien bien le pareciese. En el *judicium publicum* se adoptó como criterio una vía intermedia, consistente en conceder al actor el derecho de obligar a comparecer a los testigos, pero solo en un número máximo de éstos.⁵⁵⁴

La prueba testimonial estaba reglamentada circunstanciadamente.⁵⁵⁵

Para concluir...

La prueba germana no existió en el derecho romano, era moral y jurídicamente inaceptable. “La prestación del juramento de purgación se consideraba inmoral y por esto estaba prohibida. (...) las fuentes no nos dicen en parte alguna que el juez exigiera el juramento de purgación”.⁵⁵⁶

⁵⁵³ CUENCA, H. (1957). *Proceso Civil Romano*. Nº 134. Buenos Aires: Ejea; D’Ors, A. (1981). *Derecho Privado Romano*. Nº 106, 127 y 128. Pamplona: Eunsa.

⁵⁵⁴ MOMMSEN, *op. cit.*, Tomo 1, pp. 335, 193.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, *op. cit.* Tomo 1. III, cap. V.

⁵⁵⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, I. III, VII.

El matrimonio romano: ¿situación o acto?

Por Gastón L. Medina⁵⁵⁷

Resumen

La presente ponencia, presentada ante el VIII Congreso de Principios Generales y Derecho Romano, organizado por la Facultad de Derecho de UFLO Universidad, del 29 al 30 de octubre de 2021, pretende compartir algunas reflexiones en torno a uno de los dilemas más tratados por la doctrina romanista de todo tiempo y lugar, que ha cobrado notable vigencia en la actualidad, a la luz de la sobrevaloración de la

⁵⁵⁷ Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Social (UNLP). Doctorando de la Carrera de Doctorado en Ciencias Jurídicas (UNLP). Diplomado en Derecho Romano Privado (UAI). Fundador y Sub-director del Instituto de Historia y Derecho Romano del CALP. Profesor de Derecho Romano en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, en la Facultad de Derecho de la UBA y ex- profesor en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNPAM. Profesor adjunto de Teoría de la Persona y el hecho jurídico y profesor asociado de Derecho de Daños en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UAI. Investigador, disertante y publicista.

libertad impulsada por el modernismo y sus implicancias en la vida de relación social. Nos referimos a la cuestión de la naturaleza jurídica (*naturalis-ratio*), esencia y medida, del matrimonio romano.

Palabras clave: matrimonio civil romano; naturaleza; efectos

Abstract

*This paper, presented at the XIII Congress of General Principles and Roman Law, organized by the UFLO Law School, from October 29 to 30, 2021, aims to share some reflections on one of the most discussed dilemmas by the Romanist doctrine of all times and places, which has gained considerable validity today, in light of the overvaluation of freedom promoted by modernism and its implications in the life of social relations. We refer to the question of the legal nature (*naturalis-ratio*), essence and measure, of Roman marriage.*

Keywords: Roman civil marriage; nature; effects

I. Introducción

Las presentes reflexiones pretenden abrir debate sobre un viejo dilema doctrinario dentro del estudio del derecho romano que parecía cerrado. Nos referimos al existente en torno a la naturaleza jurídica, esencia y medida, del matrimonio romano. Una institución “*in illo tempore*”, que hunde sus raíces en un tiempo tan remoto como indeterminable, previo a la sociedad civilizada, cuando el derecho se identificaba con el supremo orden de las tradiciones ancestrales, oralmente transmitidas, fundadas en la exclusiva autoridad divina.

Si se asevera, generalmente, que el derecho es un producto de la Historia, el resultado de la evolución cultural de los pueblos (los romanos lo expresaron con el aforismo “*ubi societas, ibi ius*”, es decir, “donde hay sociedad, hay derecho”), no habrá ambages en admitir que el método más adecuado para su estudio estará signado por la misma índole historicista del objeto.

Amén de ello, si algo caracteriza al matrimonio es su trascendencia cultural, esto es, su sello preeminentemente biológico, de orden natural, fundado en el instinto sexual reproductor y la tendencia gregaria. Dimensión regulada, previo a todo otro tipo de orden, bajo la órbita del llamado derecho natural (*ius naturalis*).

Este determinismo natural es reflejado en su reconocimiento por todos los pueblos del mundo civilizado como muestras de una dimensión cultural regulada por un derecho común a los pueblos de la cuenca fértil del Mediterráneo, llamado derecho de gentes (*ius gentium*), de todo lo cual el derecho de la ciudad de Roma (*ius civilis*) no fue una excepción.

Vemos aquí lo arcano y profundo del matrimonio, capaz de comprometer con su existencia histórica los tres órdenes jurídicos que, en rigor, configuran una dialexis circular y concéntrica que explica la pluridimensión y complejidad del derecho.

Por otro lado, el matrimonio trasciende el fundamento político de autoridad, recibiendo su fuerza o potestad (“*vis auct potestas*”) de una autoridad divina solo descendida de lo Alto,⁵⁵⁸ tanto así que todavía resuena como algo muy propio de la conciencia romanista –no obstante el cambio de paradigma– la célebre definición de Modestino, según la cual en el matrimonio operaba una “comunicación del derecho divino y humano”.

⁵⁵⁸ En alusión al fundamento religioso que no por casualidad ha configurado el fundamento del poder político durante toda la Antigüedad y todo el Medioevo hasta el advenimiento del racionalismo revolucionario de fines del S. XVIII.

Sentado ello, planteemos el dilema que motiva estas líneas: ¿el matrimonio romano fue, en esencia, una situación jurídica o un acto jurídico?

Ya veremos de qué modo la cuestión trasciende el campo de la mera distinción lingüística proyectándose sobre la cosmovisión jurídica integral del derecho romano, la naturaleza del instituto matrimonial y sus principales efectos jurídicos (la legitimación de la autoridad del jefe de familia, “*pater*”, y, principalmente, de su descendencia).

Sin perjuicio de ello, para la doctrina romanista mayoritaria la cuestión estaría ya zanjada a favor de la consideración del matrimonio como una “situación jurídica”, esto es, como “relación de hecho con efectos jurídicos”.

Debo confesar, sin detrimento de la admiración y el respeto que los colegas me inspiran, revisada la cuestión, me ha parecido un dilema actual, presente y pendiente de tratamiento.

II. El matrimonio como rito

Conforme la antropología jurídica, existe una principal causa fuente de derecho: el hecho social.⁵⁵⁹ Desde esta perspectiva, comprendido el fenómeno jurídico como manifestación primordial y espontánea de una comunidad, como mestizo fruto de la unión del instinto natural y el sentido cultural, el derecho ha devenido desde los tiempos más remotos con la serenidad y la constancia de un río milenario.

El matrimonio es, en efecto, una clara prueba de ello, pues con sus profundas raíces bajo el humedal del instinto sexual reproductivo (regla de derecho natural), ha sido regulado luego por el inveterado derecho de la costumbre oral de los pueblos de la Antigüedad (regla de derecho

⁵⁵⁹ MEDINA, G. (2012). “La fuente de Derecho Romano ante el hecho social”. En *Revista Anales de legislación y Jurisprudencia*, N° 42, Universidad Nacional de La Plata, Ed. La Ley.

de gentes) y, como manifestación concreta y particularizada de este, ha merecido la regulación del derecho de la ciudad de Roma (regla de derecho civil) para sus ciudadanos, como ritual sacro y solemne, bajo el nombre de Justas Nupcias (*Iustae Nuptiae*).

Vemos aquí, claramente, la regulación de un mismo hecho social mediante el sistema concéntrico de triple dimensión jurídica que caracterizó a todo el derecho antiguo.

La realidad del matrimonio como “hecho social” no implica que éste configure una situación fáctica reglada por la ley. En rigor, todo el derecho es un producto social del devenir histórico sujeto al principio de evolución y, no obstante ello, nadie osaría reducirlo a mero conjunto de hechos con efectos jurídicos por esa elemental y simple razón.

La sutil complejidad del derecho hace necesario el discernimiento de sus grados y de sus matices. En efecto, esta relación entre “hecho” y “derecho”, que no es otra que la que medió entre “*mos*” y “*ius*” y, más tarde, entre “*ius*” y “*lex*”, pone luz sobre la realidad complementaria e integral del fenómeno jurídico como producto social complejo y síntesis dialéctica superadora, en la cual los binomios no siempre son antitéticos más allá de su apariencia.

El célebre romanista platense Alfredo Di Pietro (1996) definía al “rito” como “operación metafísica”,⁵⁶⁰ en alusión a su contenido “absoluto” y “trascendente” que, ya bien hecho o situación, ya bien acto o negocio, siempre operaba una transformación en el mundo material e inmanente de las cosas, activando el surgimiento de un vínculo sacro-jurídico de suprema cualidad sobre el estado natural de la cosa. Un estado jurídico máximo, perfecto, pleno, purificado o, como decían los romanos, “*status civil optimo iuris*”, era el resultado de dicha “operación suprasensible”.

El sintagma sánscrito “*Yaos-da*”, con el cual Di Pietro (1980)⁵⁶¹ explica

⁵⁶⁰ DI PIETRO, A. (1996) “El divorcio en el Derecho Romano Cristiano”. En *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, Universidad Católica Argentina, Vol. III.

⁵⁶¹ *Ibidem* (1980). “Ius fasque est”. En *Prudentia Iuris*, Universidad Católica de La Plata, N° 1.

la etimología del vocablo “*ius*”, remite, en efecto, al estado “trascendente”, de “purificación” o “perfeccionamiento”, de una realidad “profana” elevada a su “con-sagración”.

En síntesis: la afectación virtuosa del curso ordinario de la vida por la irrupción inefable de lo extraordinario.

Si bien es cierto que, durante los tiempos arcaicos, “rito” y “*ius*” no fueron exactamente lo mismo, resulta innegable que el primero configuró la exclusiva causa fuente del segundo. Porque mientras duró el tiempo ritual compuesto de fórmulas precisas y gestos categóricos, munido de “elementos simbólicos”, “supra-rationales” y eficacia “performativa-trascendental”, la “*voluntas*” y el “*consensus*”⁵⁶² durmieron el sueño de la fábula hasta, al menos, el llamado Siglo de Augusto (50 a. C – 50. d. C.).⁵⁶³ Un tiempo primordial, en el que imperio exclusivo de la “*verba*” dominaría los primeros ocho siglos del derecho romano.

La palabra, cifrada en fórmulas sacramentales acompañadas por gestos rituales, será el puente (“*pontex*”), el “Eje Vertical”, el “Centro de la Tierra”, el “*Axis Mundi*”,⁵⁶⁴ que unirá el “*Mundus*” de las cosas humanas con el “*Alter Mundus*” de las cosas divinas, al decir de Modestino.

Así, en este sentido, la unión “Terreno-Celestial” que configuró secularmente el matrimonio romano halló en el rito de la “*Con-farreatio*” la “causa eficiente” de la unión consecuente entre ambas dimensiones constitutivas de su esencia.

Claro está, una unión de tamaña cualidad, una operación metafísica como ésta solo puede reservarse a quienes detentan la “*dignitas*” suficiente. Un honor de linaje fundacional de cuya pureza solo goza el ciudadano romano (“*patrici civis romanorum*”).⁵⁶⁵ Un “*status*” a la medida

⁵⁶² La coincidencia, en un mismo lugar, de dos o más voluntades.

⁵⁶³ GRIMAL, P. (1972). *El siglo de Augusto*. Buenos Aires: Eudeba.

⁵⁶⁴ ELÍADE, M. (1998). *Lo Sagrado y lo Profano*. Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós.

⁵⁶⁵ GRIMAL, P. (2008). *La civilización romana*. Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós.

de los héroes fundadores de Roma, a la altura de los dioses romanos, que haga plausible el merecimiento del favor y auspicio de los designios divinos, tan necesarios para la vida próspera y fecunda, con más razón si esa “vida” era la de una familia romana fundada sobre el matrimonio.

En este sentido, debemos considerar a la “*Con-farreatio*” como primera forma ritual de las “*Justiae-Nuptiae*”. Se trata de un puente de unión espiritual bajo la providencia de los dioses ancestrales (*Genius, Manes, Penates, Lares*) y el beneplácito de la máxima deidad oficial, “*Jupiter-Maximo-Capitolio*”, mediante la libación colectiva del “*Panne-Ferrum*” a cargo del sacerdote “*Flamine*”, ante el altar consagrado a “*Jupiter-ferrum*”.⁵⁶⁶ Esta causa jurídica trasciende la “situación o relación jurídica” resultante que constituye su efecto.

Sin embargo, resulta atendible que desde nuestra cosmovisión moderna (racionalista e inmanentista) no logremos apreciar, acabadamente, la naturaleza causal del rito romano. En el contexto histórico descrito, afirmar que la constitución del matrimonio romano estaba determinada por la mutua y recíproca intención de las partes de prodigarse trato público (mediante la cohabitación, etc.) de esposos (“ *affectio maritalis*”) resulta, en el mejor de los casos, anacrónica.

La “*voluntas*”, durante muchos siglos, vino a cumplir un rol eminentemente secundario en la configuración causal de los negocios. Con más razón, frente a la relevancia social, política y religiosa del matrimonio.

Si bien, es cierto, era necesario la convergencia de la mutua promesa juramentada de los esponsales ante la autoridad de los dioses (domésticos y oficiales) guiada por el sacerdote, ello no tendrá más efecto ni valor que el que deviene de su carácter instrumental al servicio del fin último trascendental del rito, frente al cual la intención de las partes no es más que un “*prius-psiquicus*” indispensable para la realización del acto, pero carente de virtualidad para producir –por sí misma– los efectos jurídicos

⁵⁶⁶ Una de las múltiples advocaciones del Supremo Dios Júpiter.

del matrimonio. Un “*modus operandi*” por el cual se ejecuta, en definitiva, la soberana voluntad de los dioses, no la de las partes.⁵⁶⁷

Por fuera del rito, campeará la ineficacia de lo profano. Incipientes relaciones humanas... demasiado humanas,⁵⁶⁸ no condescendientes con el supremo orden de las tradiciones más sagradas, ni con el fin último y trascendental de la unión matrimonial: la adquisición del estado de esposos, la fundación de una familia legítima bajo la autoridad legítima de un jefe, la vocación hereditaria, entre los efectos jurídicos más relevantes.

Si el matrimonio fue, ante todo, rito, operación metafísica y trascendental, no parece lícito reducirlo a mero “hecho jurídico” una vez desaparecidos los rituales. Por el contrario, resulta más razonable su identificación con el “*actum*” o, mejor todavía, con el “*contractum*”. Al respecto, las definiciones provistas por Labeón⁵⁶⁹ no impiden esta última evolución semántica, sino que la convalidan.

La desaparición de los rituales había convertido al matrimonio romano en un acto jurídico del cual resultaba una relación jurídica de tracto sucesivo solo sujeta a la inmanencia de la voluntad y las pasiones humanas. Una mutación causal, un paso de “lo sagrado” a “lo profano”.

III. El matrimonio como acto jurídico

El derecho romano sufrió así un fortísimo proceso de “secularización” que, en rigor, debemos considerarlo de “desacralización” de las

⁵⁶⁷ Un resabio de ello hallamos en la eficacia “trascendental” de los Sacramentos cristianos. La frase “Pedro y Judas santifican” es clara muestra de ello.

⁵⁶⁸ NIETZSCHE, F. (2000). *Humano... demasiado humano*. Colección de obras inmortales. T. III Barcelona: Edicomunicación.

⁵⁶⁹ Dig. Ulp. (Lab.) 50. 16. 19.

costumbres (“*mores*”). Dentro de dicho proceso, el matrimonio irá perdiendo su contenido divino y su sentido trascendente, profanándose, lenta pero inexorablemente, como se avinagra un vino bueno.

El rito (lo que quede de él) se transformará en la forma de expresión, ya unilateral, ya bilateral, de la voluntad individual declarada por un sujeto libre, mera forma de celebración de la “litúrgica jurídica”. En rigor, lo que en el fondo había cambiado era el *ius*.

La apropiación para el matrimonio, de las reglas de la posesión de las cosas, en cuanto a sus dos elementos configurativos, corresponde a este período.

Mediante la analogía, se trazó una semejanza entre el elemento “objetivo” de la posesión (“*corpus*”) y la “*co-habitatio*” (convivencia en un mismo hogar familiar y disponibilidad material del tracto), de igual modo se hizo con el elemento “subjetivo” (“*animus domini*”) y la “*affectio maritalis*” (trato mutuo, recíproco y público de esposos).

Así, de igual modo como la flexibilización del rígido “*dominium ex iure quiritum*” había dado paso a la “*possessio*” y a la “*bonorum possessio*”, la sacra y solemne “*Con-farreatio*” había permeado el “*usus*” como modo de adquisición del estado de esposos y legitimación de la prole, mediante un proceso de saneamiento del vicio formal derivado de la omisión injustificada del rito impuesto por la ley.

Pero ello en sí mismo no convierte al matrimonio en una mera situación o relación jurídica, desprovista de toda causa fuente, sin la cual, cabe decirlo, no hay situación ni relación jurídica alguna. Nos explicamos:

Bajo la nueva y flexible modalidad del “*usus*”, la causa eficiente del matrimonio (prepresentada, otrora, por el rito) quedó condicionada al cumplimiento de determinadas circunstancias, a saber: el trato de esposos, pacífico, público, continuo y no interrumpido, dispensado –mutua y recíprocamente– entre los convivientes durante el plazo legal de un año. Vencido el cual, la “*unión convivencial*” quedaba perfeccionada como “matrimonio romano”. A partir de ese momento, formalizada la situación marital (ya matrimonial), los efectos propios previstos por el derecho civil cobraban virtualidad. De modo tal que durante el curso

del año nos hallamos ante un “concubinato”, algo parecido pero distinto al matrimonio. Esto demuestra que ni la desaparición del rito, ni la adopción analógica del “*usus*” posesorio, derogaron el requisito de la “justa causa matrimonial”, esto es, la *Justa Nuptia*, para la existencia válida de un matrimonio eficaz. De igual modo, como el “*justo título*”, fue requisito para la conversión de la posesión en dominio civil.

Sentado ello, la reducción del matrimonio romano a mera relación con efectos jurídicos conlleva, en el fondo, la confusión de la “causa” con el “efecto”. Que, por su parte, la “ *affectio maritalis*” no configura la causa eficiente de la unión, tampoco su consecuencia, sino un “presupuesto” para la continuidad de una relación jurídica de tracto sucesivo como el matrimonio.

El impacto del “*ius-postliminii*” y del “*ius-tri-nocti*” sobre el matrimonio halla su razón de ser en esta etapa de su evolución, siendo excesiva toda otra conjetura. Tanto uno como otro interrumpen el curso de la “ *possessio ad usucapionem*”, haciendo nacer un curso nuevo, de igual modo que con la posesión de las cosas.

Más allá de sus bondades, la informalidad del “*usus*” generó una sensación de inseguridad jurídica que tuvo que ser compensada. Así, durante los tres primeros siglos de Nuestro Señor, fue consagrada una nueva causa eficiente de unión matrimonio: la “*coemptio*”.

La flexibilización de la entrada al matrimonio también alcanzó su contenido, pudiendo regularse los efectos “*cum-manu*” o “*sine-manu*” conforme la libre voluntad de las partes contrayentes, al mismo tiempo que se flexibilizaba la salida mediante el divorcio.

Sin embargo, más allá de las apariencias, algo esencial fue conservado. Como ocurrió en el tiempo ritual de la “*Con-farreatio*”, ahora la “*Coemptio*”, lejos de significar una mera forma de expresión del consentimiento e instrumento probatorio, se erguía como “causa fuente convencional” de la relación jurídica matrimonial, por fuera de la cual solo hallamos al “concubinato” que, claro está, careció de eficacia causal.

Así las cosas, logramos visualizar con claridad la esencia y efectos del instituto matrimonial, matrimonio que, teniendo por causa y esencia

al rito (“*Confarreatio*”), más tarde al hecho posesorio (“*Usus*”) y, por último, al acto convencional (“*Coemptio*”), tuvo por efecto la unión y desarrollo de la vida conyugal, piedra angular de la familia romana.

Di Pietro (2012),⁵⁷⁰ por su parte, remonta a la Alta Edad Media, en la obra de Pedro Lombardo y de San Crisóstomo,⁵⁷¹ el origen de la equiparación definitiva del matrimonio al negocio jurídico, consensual y bilateral, es decir, al contrato, bajo el cual la antigua “ *affectio maritalis*” fue reemplazada por la moderna voluntad individual y autónoma de las partes contrayentes.

En este orden de ideas, Supiot (2012)⁵⁷² distinguió dos ideas fundamentales en el proceso de transformación en relación a la idea de contrato. Por un lado, la idea “*Imago Dei*”, esto es, la imagen y semejanza del hombre criatura con su Creador. Si ello era cierto, el llamado “libre albedrío” configuraba la imagen más fidedigna del Padre. Así, siendo libre el Hombre, podía actuar –válida y eficazmente– en el mundo del derecho, creando derecho y modificando su realidad y, principalmente, su estado. Por el otro, la idea de “*Fides*”, fundamento del precepto “*Pacta sunt servanda*”, sobre el cual se dio seguridad jurídica a los actos, más allá de su investidura ritual.

En el año 492 de Nuestro Señor, con un Imperio dividido (Oriente: Constantinopla; Occidente: Rávena), por una constitución del emperador León se permitió el empleo de cualquier palabra en las convenciones jurídicas, no siendo el matrimonio una excepción. A partir de entonces, el matrimonio quedó asimilado a la figura del contrato.

⁵⁷⁰ DI PIETRO, A. (2012). “Ius y Matrimonium en el Derecho Romano”. En *Revista Ius-historia*, N° 5, USAL, Buenos Aires.

⁵⁷¹ A quien se atribuye la expresión: “*Matrimonium non facit coitus, sed voluntas*”.

⁵⁷² SUPIOT, A. (2012). *Homo Iuridicus*. Buenos Aires: Siglo XXI.

IV. Conclusiones

Por las consideraciones expuestas, podemos concluir que:

El matrimonio romano comenzó siendo, en los tiempos arcaicos, un rito.

Que dicho rito, denominado “*Con-farreatio*” fue el único modo “justo” de contraer nupcias (“*Justae-Nuptiae*”).

Que, en relación al matrimonio, debemos distinguir su “causa fuente o eficiente” (*Confarreatio; Usus; Coemptio*) de sus efectos jurídicos (unión; *affectio maritalis*; estado de esposos; derecho y deberes; patria potestad; *manus maritalis*; vínculo agnaticio; vocación hereditaria; etc.).

Que, en “sentido propio”, por matrimonio debemos comprender a la “causa fuente” (rito; acto posesorio; acto jurídico bilateral o convención) que engendra la unión, estado y relación matrimonial.

Que dicha “causa fuente” trasciende la mera “situación o relación jurídica” que, en rigor de verdad, constituye su efecto o consecuencia.

Que, en “sentido impropio”, por matrimonio debemos entender a la “relación jurídica matrimonial” con todas sus implicancias, esto es, la “situación jurídica resultante”.

Que la “*affectio maritalis*” configura un “presupuesto” del matrimonio, de cuya existencia y permanencia depende la continuidad de una relación de “*tracto sucesivo*” como es el matrimonio. Ni su causa, ni su consecuencia.

Que ni la desaparición del rito, ni la adopción analógica del “*usus*” posesorio derogaron el requisito de la “justa causa matrimonial”, esto es, la “*Justa-Nuptia*”, para la existencia válida de un matrimonio eficaz. De igual modo, como el “*Justo-título*”, fue requisito para la conversión de la posesión en dominio civil.

Que, finalmente, reducida la “causa eficiente” matrimonial a mero “acto jurídico bilateral” (*conventio*), adquirió la esencia y efectos propios de un “contrato”.

En cuanto al dilema que cual enunciado inicial motivó estas reflexiones, podemos decir que su respuesta se reduce a un punto de

vista, a dos perspectivas científicas de un mismo fenómeno jurídico llamado matrimonio.

V. Bibliografía

- DI PIETRO, A. (1980). “Ius fasque est”. En *Prudentia Iuris*, Universidad Católica de La Plata, N° 1.
- DI PIETRO, A. (1996). “El divorcio en el Derecho Romano Cristiano”. En *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, Universidad Católica Argentina, Vol. III.
- DI PIETRO, A. (2012). “Ius y Matrimonium en el Derecho Romano”. En *Revista Ius-historia*, N° 5, USAL, Buenos Aires.
- DUMÉZIL, G. (1908). *La religion romaine archaïque*. París: Payot.
- ELGUERA, E. (1951). “La teoría del contrato en el Derecho Clásico y en el Justiniano”. En *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA*, Vol 6(24), 3.
- ELÍADE, M. (1998). *Lo Sagrado y lo Profano*. Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós.
- FERRINI, C. (1908). *Manuale Di Pandette*. Milano: S.E.L S.A.
- GRIMAL, P. (1972). *El siglo de Augusto*. Buenos Aires: Eudeba.
- GRIMAL, P. (2008). *La civilización romana*. Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós.

- LENEL, O. (1889). *Palingenesia: Iuris Civilis*. I-II. Versión digitalizada: Scribd. Consultado el 11/03/22.
- MEDINA, G. (2012). “La fuente de Derecho Romano ante el hecho social”. En *Revista Anales de legislación y Jurisprudencia*, N° 42, Universidad Nacional de La Plata, Ed. La Ley.
- MOMMSEN, T. (1919). *Editio Maior. Istinini Augusti*. V. I. Milán: Berolini.
- NIETZSCHE, F. (2000). *Humano... demasiado humano*. Colección de obras inmortales. T. III Barcelona: Edicomunicación.
- SCHULZ, F. (1960). *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch.
- SPENGLER, O. (1976). *La decadencia de Occidente*. T. I-II. Madrid: Espasa-Calpe.
- SUPIOT, A. (2012). *Homo Iuridicus*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Del negocio jurídico a las obligaciones: cumplimiento y buena fe (primera parte)

Por Equipo de Investigación de la Universidad John F. Kennedy:
Marilina Andrea Miceli (directora),⁵⁷³ Cynthia Paola Acosta,⁵⁷⁴
Daniel Bonjour,⁵⁷⁵ Favio Leonetti,⁵⁷⁶ y Leticia Núñez⁵⁷⁷

Resumen

El presente trabajo versará sobre la conceptualización y clasificación

⁵⁷³ Doctora en Derecho. Profesora universitaria. Docente Adjunta Interina de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Asociada en la Cátedra de Derecho Romano de la Universidad Abierta Interamericana. Profesora Asociada de la materia Derecho Romano en la Universidad Argentina John F. Kennedy. Profesora de la Universidad Católica de La Plata. Profesora de posgrado Asociada en la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Abierta Interamericana y del doctorado en la UAJFK. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM), de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA) y del Instituto de Historia y Cultura Clásica de la Universidad Católica de la Plata. Directora de dos proyectos de investigación en curso rentados UAI y UAJFK.

⁵⁷⁴ Abogada. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad Abierta Interamericana y de la Universidad Argentina John F. Kennedy. Miembro de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina.

⁵⁷⁵ Abogado. Escribano. Procurador. Doctorando en Universidad Argentina John F. Kennedy

de las obligaciones, tomando como antecedente el instituto del negocio jurídico y su recepción en el derecho argentino, especialmente en el código unificado. Analizaremos el principio de “*bona fides*” y la importancia de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones como presupuesto de carácter general, que subyace en todos aquellos acuerdos suscriptos entre privados.

Palabras clave: derecho romano; derecho civil; Código Civil y Comercial de la Nación; pervivencia; transfiguración; transmutación; derecho vigente; negocio jurídico; buena fe; *bona fide*; hecho jurídico; acto jurídico.

(Tesisista). Profesor de Derecho Romano en Universidad Nacional de La Plata, Universidad de Buenos Aires, Universidad Abierta Interamericana, Universidad de San Isidro Dr. Plácido Marín. Especializando en Derecho Social (UNLP). Profesor en Docencia Superior en Universidad Tecnológica Nacional. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano y de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina. Asesor Letrado de la Secretaría de Desarrollo Social de la Municipalidad de La Plata. Director Ejecutivo de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

⁵⁷⁶ Estudiante de la Carrera de Abogacía en la UAJFK.

⁵⁷⁷ Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Adjunta de Derecho Romano en UBA, Universidad Abierta Interamericana, Universidad de San Isidro (USI) y Universidad John F. Kennedy. Miembro Permanente y Ex Vocal Titular de la Asociación de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina. Diplomada en Derecho Público y Privado Romano y Diplomada en Historia y Estrategia (UAI). Miembro Permanente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano. Investigadora en Formación de la Secretaría Legal y Técnica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro Activo de Proyectos de CyT 2010/12 – 2012/14 (UBA). Miembro del Instituto de Derecho Romano del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Miembro de la Schola Serviana Iuris Romani. Investigadora UAI y UAJFK. Cursó posgrados en Derecho Romano Profundizado en la Universidad de Salamanca, España, en 2017 y 2019. Autora y coautora de diversas ponencias y publicaciones.

I. Orígenes romanos del negocio jurídico

Los jurisconsultos romanos, con su gran espíritu práctico, no construyeron una teoría general de los hechos y negocios jurídicos, sino que fueron considerando, en los casos concretos que se les presentaban a estudio, diversas situaciones que merecían ser protegidas por medio de acciones, es decir, ante cada problema, aplicaban una solución fáctica que lo resolviera.

Es dable destacar que la dogmática moderna recogió los principios básicos suministrados por la jurisprudencia romana y elaboró la teoría del negocio jurídico, y es por ello que se le atribuye al jurista alemán Gustavo Hugo la racionalización teórica del instituto.

En referencia al tema que nos convoca, debemos señalar que en el derecho romano es más preciso hablar de “negocio jurídico” a lo que modernamente hoy se conoce como “acto jurídico”. El término “*negotium*” deriva de las partículas “*nec*” y “*otium*” o negación del ocio.

Del estudio de la jurisprudencia romana podemos inferir que un “hecho” es todo acontecimiento o suceso producido por la naturaleza o por el hombre que forma parte del mundo de los sentidos o percepciones, es decir, está dentro de la experiencia cotidiana. A su vez podemos observar que los mismos se clasifican en hecho simple o natural y hecho jurídico. La diferencia entre unos y otros radica en que en los primeros no encuadran dentro de la ciencia del derecho por carecer de efectos jurídicos que, de alguna manera, reciben la prescripción normativa del sistema.

Dicho esto, son hechos jurídicos todos aquellos sucesos que provienen de la naturaleza o del hombre y que, efectivamente, producen consecuencias jurídicas; por ende, son los únicos relevantes para el sistema de derecho.

Diversos autores conceptualizaron al negocio jurídico de distintas formas, aunque en el fondo éstas coinciden, utilizando el amplio espectro de la voluntad como base de responsabilidad en relación a los efectos jurídicos perseguidos.

Derivado del hecho jurídico encontramos al acto. Debemos agregar

que para que un acto jurídico exista, debe estar dentro del ámbito de la licitud, siendo definido entonces como el acto humano, voluntario y lícito. En dicho sentido, el jurista italiano Antonio Guarino define a los actos jurídicos de autonomía como “los que producen lícitamente efectos jurídicos, de conformidad con la voluntad manifestada por quien los realiza y con el fin práctico que, mediante él, se ha querido alcanzar”.⁵⁷⁸

Cabe preguntarse si la regulación que llega a nuestros días recepta la esencia conceptual romana del instituto traído a estudio como principio de transfiguración, transmutación o pervivencia.

II. Regulación del negocio jurídico en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código vigente desde el 1 de agosto de 2015 aborda el tema en el Título IV de los Hechos y Actos jurídicos. En los primeros artículos define al hecho jurídico como acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. Lo cierto es que el concepto que introduce el artículo 257 del CCyCN se ajusta a la doctrina llamada *fattispecie*, que entiende que los hechos jurídicos resultan ser los presupuestos fácticos de la norma abstracta.

El acto jurídico es definido por el código en el artículo 259 del CCyCN como el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. En referencia a la clasificación de los negocios jurídicos de carácter patrimonial, el Código Civil y Comercial de la Nación lo ubica en la parte de los contratos, entre los artículos 966 y 970, para clasificarlos

⁵⁷⁸ GUARINO, A. (1955). *Compendio de Derecho Privado Romano*. Traducción de la 3ª edición por Francisco Pelsmaeker. Cadiz: Escelicer, p. 142.

en unilaterales y bilaterales, a título oneroso y gratuito, conmutativos y aleatorios, formales, nominados e innominados.⁵⁷⁹

En cuanto a la capacidad de los sujetos del negocio jurídico, el Código Civil y Comercial la articula de modo genérico en el libro primero, título I, capítulo 2, entendiendo que se tiene capacidad jurídica porque se es persona y no a la inversa. El hombre, así, es eje y centro de todo sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Lo decisivo es que los simples actos o actos jurídicos deben

⁵⁷⁹ Art. 966 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Los contratos son unilaterales una de las partes se obliga hacia la otra sin que esta quede obligada. Son bilaterales cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra. Las normas de los contratos bilaterales se aplican supletoriamente a los contratos plurilaterales”; Art. 967 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Los contratos son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra. Son a título gratuito cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, independiente de toda prestación a su cargo”; Art. 968 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Los contratos a título oneroso son conmutativos cuando las ventajas para todos los contratantes son ciertas. Son aleatorios, cuando las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto”; Art. 969 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es solo para que estos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, esta debe constituir solo un medio de prueba de la celebración del contrato”; Art. 970 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Los contratos son nominados e innominados según que la ley los regule especialmente o no. Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por: 1) la voluntad de las partes, 2) las normas generales sobre contratos y obligaciones, 3) los usos y prácticas del lugar de celebración”.

estar determinados y ejecutados por una persona capaz de ocupar el rol activo o pasivo de la relación jurídica como parte de la buena fe, *bona fides*, recibiendo cada uno el aporte equitativo del otro, siendo la buena fe principio rector de toda conducta jurídica realizable y la capacidad, regla motora del mismo.

El sistema actual, al igual que el sistema jurídico romano, analiza lo volitivo, es decir, el querer obrar y, como acto voluntario, el CCyCN, en su artículo 260 refiere al discernimiento, la intención y libertad, y es por ello que, en cuanto a la voluntad, el Código Civil y Comercial establece que la misma se puede exteriorizar de forma oral, escrita, por signos inequívocos o por ejecución de un hecho material, coincidiendo con los requisitos que se exigían en el negocio jurídico para su manifestación.

En lo referente al silencio, el Código establece que no se considera como una manifestación de la voluntad conforme al acto o a la interrogación, salvo, en casos en que haya un deber de expedirse que pueda resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas o de una relación entre el silencio actual y declaraciones precedentes. Aquí se evidencia la vigencia del derecho romano, puesto que, el silencio no implicaba manifestación de la voluntad, existiendo excepciones cuando las circunstancias permitiesen atribuirlo por indicación de la propia ley.⁵⁸⁰

Es importante mencionar que tanto los elementos esenciales como accidentales existentes, hoy en día, poseen identidad con los reconocidos en el derecho romano y se encuentran regulados de manera positiva en el actual Código: la forma, en los artículos 284 a 288; la causa, en el artículo 281 y ss; el objeto, en su artículo 279 y ss. En relación a los elementos accidentales, los mismos se encuentran en el Código Civil y Comercial en el capítulo 7 en lo que se titula como “modalidades de los actos jurídicos”, tratando la condición, el término y el modo de similar manera que en el sistema jurídico originario.

⁵⁸⁰ Art. 260 del Código Civil y Comercial de la Nación: “El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”.

En referencia al tratamiento de los vicios encontramos al error. El más importante a resaltar es el error de hecho esencial que vicia la voluntad y causa la nulidad. En los distintos incisos del artículo 267 pueden apreciarse los diferentes supuestos, por ejemplo, el error sobre la naturaleza del acto, en Roma se trataba del error sobre el negocio jurídico o “error *in negotio*”. También el error sobre un bien o un hecho diverso de distinta especie del que se pretendió designar, o en calidad, extensión o suma diversa a la querida, situación que también encuentra cierta similitud con algunos errores esenciales del negocio jurídico, como el “error *in substantia*” o “error *in quantitate*”, que es el que recaía sobre la cantidad o monto de las cosas. Error sobre los motivos personales relevantes que hayan sido incorporados expresa o tácitamente, era el error que recaía sobre la identidad del sujeto, o mejor dicho sobre la identidad de la persona con la que se deseaba negociar, donde la sola equivocación respecto del nombre del sujeto no era un error excusable, pero sí lo era cuando la identidad afectaba las condiciones específicas del sujeto que se tenían en cuenta al momento de celebrar el negocio.⁵⁸¹

En cuanto al dolo, el Código Civil y Comercial de la Nación nos da una definición en el artículo 271 similar a la de los jurisconsultos romanos. Es de destacar que el artículo hace mención a la omisión dolosa equiparándola a la acción. Los juristas romanos se referían al dolo de “acción o actividad positiva” y dolo como “acción negativa, omisión o reticencia”.

El Código actual hace una diversa clasificación del dolo y lo divide en

⁵⁸¹ Art. 267 del Código Civil y Comercial de la Nación: “El error de hecho es esencial cuando recae sobre 1) la naturaleza del acto, 2) un bien o un hecho diverso o de distinta especie que el que se pretendió designar, o una calidad, extensión o suma diversa a la querida”; Art. 271 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Acción dolosa es toda aserción de lo falso o asimilación de 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”.

esencial e incidental. El primero causa la nulidad del acto si es grave, es determinante de la voluntad, causa un daño importante y no ha mediado dolo por ambas partes. El dolo incidental, en cambio, no es determinante de la voluntad, por lo que no afecta la validez del acto.

Si nos focalizamos en la figura de la violencia, ésta se describe como la fuerza irresistible, mientras que la amenaza es la que genera el temor a sufrir un mal grave e inminente sobre la persona, sus bienes, los de un tercero, y causan la nulidad del acto. La importancia de las amenazas tiene que ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso. Existe una pequeña semejanza con la violencia explicada por los romanos en el sentido de que el Código se refiere a “amenazas”, lo que puede configurar como un antecedente de lo que los juristas de aquella época trataban como “violencia moral”.

La simulación se encuentra descrita en el artículo 333 del Código Civil y Comercial de la Nación y consiste en en cubrir el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o se transmiten. La redacción guarda cierta similitud con la definición de las fuentes romanas que concebían a la simulación como la acción de aparentar la celebración válida de un negocio jurídico cuando la realidad indicaba que no era así. Se expresa una voluntad con apariencia de ser cierta, cuando en realidad se oculta la verdadera. Pero el Código la clasifica en lícita e ilícita. La ilícita o que perjudica a un tercero provoca la nulidad del acto ostensible. Cuando el acto simulado encubre a otro real (en realidad, la simulación relativa tratada por los romanos) éste es plenamente eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría y no es ilícito ni perjudica a un tercero.⁵⁸²

⁵⁸² Art. 333 del Código Civil y Comercial de la Nación: “La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene

En cuanto al fraude, se encuentra consagrado en el artículo 338 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual reza “Declaración de Inoponibilidad: Todo acreedor puede solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos, y de las renunciaciones al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna”. Este derecho del acreedor tiene su origen en la figura del fraude en el negocio jurídico romano, cuando el mismo podía solicitar restituir las cosas que salían fraudulentamente del patrimonio del deudor y volverlas al estado anterior al fraude a través del “*interdictum fraudatorium*” o la “*in integrum restitutio*”, y por otro lado mediante la denominada “acción pauliana”,⁵⁸³ elementos éstos que poco a poco fueron siendo concedidos por parte del pretor desde fines de la república. La otra opción del acreedor contra los actos fraudulentos del deudor y de terceros que se aprovechen de ello era perseguir la venta fraudulenta de los bienes del deudor, revocar la misma a fin de restituir cosas y derechos enajenados fraudulentamente al patrimonio del deudor, poder satisfacer su crédito que se vio perjudicado en el negocio, en otras palabras, como dice el Código, solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por el deudor en fraude de sus derechos.⁵⁸⁴

cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”.

⁵⁸³ D. 42. 8. 1 y C. 7. 45.

⁵⁸⁴ Art. 338 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Todo acreedor puede solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos, y de las renunciaciones al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna”; Art. 340 del Código Civil y Comercial de la Nación: “El fraude no puede oponerse a los acreedores del adquirente que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto. La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado solo procede si adquirió por título gratuito,

Como fue señalado en el párrafo anterior, las acciones que interponía el acreedor tenían efectos sobre terceros. Ello se ve reflejado en el artículo 340, el cual distingue, según se trate, de subadquirentes de buena o mala fe.

El subadquirente de mala fe y quien contrató de mala fe con el deudor responden solidariamente por los daños causados al acreedor que ejerció la acción, si los derechos se transmitieron a un adquirente de buena fe y a título oneroso, o de otro modo se perdieron para el acreedor. El que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor responde en la medida de su enriquecimiento.

Y es que la buena fe o *bona fides* se asienta como base de toda conducta esperable del deber ser jurídico. Cicerón definió a la “*fides*” como “hacer aquello que se dice”.⁵⁸⁵ De este modo la “*fides*” se hallaba vinculada a la idea de lealtad. Aquella persona que se comporta habitualmente con lealtad provoca confianza en todos aquellos que se relacionan con él.⁵⁸⁶

El cumplimiento de las antiguas formas solemnes creaba la idea de confianza en la realización de determinadas actividades. Las sacralidades que rodeaban a la celebración de los actos permitían inferir que los individuos cumplirían con aquello a lo que se habían comprometido, es decir, que actuarían correctamente en sus relaciones jurídicas.⁵⁸⁷

Así, la “*fides*” o “fe” implicaba “tener palabra”, que los sujetos ajustarían su comportamiento conforme a la palabra dada, generando al mismo tiempo la expectativa de que se comportarían conforme a la norma.⁵⁸⁸

o si es cómplice en el fraude; la complicidad se presume si, al momento de contratar, conocía el estado de insolvencia.”

⁵⁸⁵ CICERÓN, *De Re publica*, 4, 7, 21.

⁵⁸⁶ CASTRESANA, A. (2015). *Derecho Romano. El arte de lo bueno y lo justo*. Madrid: Tecnos, p. 220.

⁵⁸⁷ ESPINOZA, J. (2011). “El principio de la buena fe”. En *Advocatus*, N° 24, p. 245-260.

⁵⁸⁸ FABRE, M. C. (2003). “Aspectos de la Buena Fe como principio general del Derecho”. En *Revista de la Asociación de Derecho Romano de la Argentina*, Vol. 2, Córdoba: Eudecor, p. 107-115.

Al trasladarse la noción de “*fides*” del comportamiento individual al plano de los negocios se conformó la construcción semántica “*bona fides*” (buena fe),⁵⁸⁹ generando así un principio de interpretación presente en las distintas instituciones del derecho romano. Dicho principio ha tenido origen en la labor del pretor y luego construido a partir de la jurisprudencia romana.⁵⁹⁰

Son las obligaciones, por excelencia, como el deber que conlleva a asumir un compromiso y cumplirlo, el derivado lógico del presente instituto. El comerciante al entregar la mercadería, el comprador a pagar el producto, el guerrero a dar la vida por su rey y el rey por su pueblo en tanto *Rex Romanorum*. Vemos que la noción de obligación que hoy conocemos, más allá de la codificación, estuvo implícita en la génesis “*gen*” de la civilización romana.

Durante la Monarquía, bajo el reinado de Numa Pompilio, en su colegio de pontífices se caracterizaban por ser éstos los únicos concededores e intérpretes del derecho sacro “*fás*”, asesorando a los particulares respecto de las obligaciones y derechos en los negocios que llevan a cabo.⁵⁹¹

Atisbos de esta institución también los encontramos en las XII Tablas (451 a. C.), donde aparece el *nexum* como una incipiente manera de regular la deuda u obligación entre partes respecto de los actos jurídicos de la época. Crea una situación similar al señorío que tiene el propietario de una cosa sobre ella o el *paterfamilias* sobre los integrantes de su núcleo familiar. Si el deudor no cumple, por medio del procedimiento de la *manus iniectio* queda en una situación de esclavitud respecto del acreedor, lo cual surge de la tabla.⁵⁹²

⁵⁸⁹ CASTRESANA, *op. cit.*, p. 220.

⁵⁹⁰ RINALDI, N. (2020). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. Buenos Aires: Edictum, p. 135

⁵⁹¹ COSTA, J. C. (2016). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 23.

⁵⁹² *Ibidem*, *op. cit.*, p. 254.

Nos es dable recordar la definición de obligaciones derivada desde Justiniano, que reza: “*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate ad stringitur cuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*”.⁵⁹³ Dicha definición aludía a los términos “*obligatio*” u “*ob ligare*”, que significa en apretada síntesis, estar atado o encadenado, situación que nos recuerda a la imagen del “*debetoris*” que era llevado, de esta manera, ante el magistrado; “*vinculum*” o vínculo, que nos da pauta de la existencia de uno o más obligados; “*reuscredendi*” y “*reusdebendi*”, donde existe en cabeza al menos de uno –deudor– el deber de entregar o pagar algo a alguien – acreedor–, y referenciar el “*solvendae rei*”, es decir, pagar una cosa, sea con un *dare, facere* o *non facere y praestare* (dar, hacer/ no hacer, prestar); para finalmente, observar en aquella parte de la definición que refiere a los términos “*secundum nostrae civitatis iura*”, que estaba destinada más precisamente a los que originariamente podían obligarse en términos de la definición del “*ius civile*”, es decir, el “*ius proprium civium romanorum*”, o sea, el derecho civil solo aplicable a los ciudadanos romanos.

Bonfante dirá que, en materia de obligaciones, tanto el ladrón como el mutuario estaban obligados con su cuerpo y eran reducidos a condición servil.⁵⁹⁴ Coexisten así dos elementos, el débito (“*debitum*”) y la responsabilidad (“*haftung*”),⁵⁹⁵ donde el primero consistía en la prestación misma, mientras que la responsabilidad se acuñaba en el sentido más amplio en tanto el vínculo o sujeción jurídica entre partes, otorgándole así la presunta “coercibilidad”, ya que si el deudor no cumple con la obligación que contrae, puede ser compelido judicialmente a que lo haga.⁵⁹⁶

Para el año 326 a. C. observaremos un cambio en esta relación jurídica,

⁵⁹³ JUSTINIANO, *Instituciones*, L. 3. T. XIII.

⁵⁹⁴ COMPAGNUCCI, R. (2016). *Manual de Obligaciones*. Buenos Aires: Astrea, p. 43.

⁵⁹⁵ LAPIEZA ELLI, A. (1984). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 254.

⁵⁹⁶ COSTA, *op. cit.*, p. 255.

que trae aparejada una evolución social. Como resultado de los desproporcionadas represalias por parte de los patricios, y tras la sanción de la “*lex Poetelia Papiria*”, pasando del reproche físico al patrimonial, el deudor ya no paga con su dolor sino que lo hará con su patrimonio, o sea sus bienes, ya sea “*bonorum venditio*” o “*distractio bonorum*” si se tratase de una ejecución total o individual de los mismos. A partir de entonces surge como principio aquel que señala que “el patrimonio del deudor constituye garantía común de los acreedores”.

Podemos señalar que, en líneas generales, los historiadores coinciden en la idea nodal de la obligación en tanto relación o compromiso con un otro, compuesta por tres elementos característicos: sujetos (acreedor-deudor), vínculo jurídico (que la circunscribe al plano de la coercitividad) y objeto (la prestación en sí, de dar, hacer o no hacer), teniendo a la buena fe como principio transversal.

III. Derecho extranjero

III. 1. Negocio jurídico: derecho civil peruano

A modo de ejemplo, en relación al desarrollo del negocio jurídico en Perú es menester destacar que “la doctrina peruana en general no ha dado el ejemplo necesario a los operadores jurídicos de la utilidad del negocio jurídico”.⁵⁹⁷ El problema aquí no es que en el referido Estado no se construyó una teoría muy fuerte del negocio jurídico, sino que no se indagó o buscó tomar como modelo la doctrina de otros países. En ese sentido, las fuentes italianas se vieron desplazadas, en cierta medida, ya que muchos autores consideraban que prestaba a confusión y que, en su lugar, es preciso optar por la doctrina alemana.

⁵⁹⁷ MORALES HERVIAS, R. (2007). “Nuevas perspectivas del Negocio Jurídico”. En *Derecho y Sociedad*, N° 28, p. 294.

En Perú consideran que el negocio jurídico puede definirse en base a distintos preceptos: por ejemplo, la manifestación de la voluntad (correspondiendo a la teoría voluntarista), la regulación de intereses (correspondiendo a la teoría declaracionista), etc. La primera de ellas (teoría voluntarista) es la desarrollada por Savigny, quien ha considerado que “la base de toda declaración de voluntad es la existencia de voluntad”. Es decir, está puramente atravesado por la voluntad y es un elemento esencial y necesario para que se pueda desarrollar el mismo. Los individuos tienen autonomía para decidir y para expresar su voluntad. En razón a ello, el negocio jurídico implica indudablemente una manifestación de la voluntad y una declaración, un deseo de modificar, extinguir o transmitir relaciones jurídicas.

Otra teoría se orienta en un sentido más hacia una teoría de autonomía de la libertad privada, con el criterio de decidir uno sobre sus propios intereses. Las partes se vinculan en miras de un fin determinado y se comprometen a distintas obligaciones. Las partes tienen, asimismo, la potestad de decidir y de verse encuadrados dentro de los efectos jurídicos del negocio.

Lo que resulta interesante de estas dos teorías (voluntarista y de autonomía) es que el negocio “no es un hecho jurídico, dado que no recibe de la ley su propia energía creadora”.⁵⁹⁸ La realidad que rige a ambas es de carácter extrajurídico.

El Código Civil peruano fue promulgado en julio del año 1984, entrando en vigencia en noviembre de ese mismo año. Según el artículo 140 de este Código, “el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”.⁵⁹⁹ Como se puede apreciar, opta por la teoría voluntarista. Hay autores que, a través de este artículo y su estudio y análisis, llegaron a la conclusión y “afirman que incluyendo taxativamente a la manifestación

⁵⁹⁸ MORALES HERVIAS, op. cit., p. 296.

⁵⁹⁹ Código Civil de Perú, artículo 140

de voluntad en el texto de la norma se ha establecido claramente los distinguos con otros actos jurídicos”.⁶⁰⁰

Hay un sector de la doctrina que ha ido tomando conceptos de la teoría voluntarista, preceptiva y normativa. Y definen al negocio jurídico como “hecho jurídico voluntario, lícito con manifestación de voluntad y efectos queridos que respondan a la intención del sujeto, de conformidad con el derecho objetivo”.⁶⁰¹

Tomando vista del Código Civil peruano, se puede llegar a la conclusión de que las teorías italianas han tenido gran influencia en su redacción acerca de esta materia. “El legislador peruano desmembró la parte general en sendos libros: el de personas, el de acto jurídico y el de prescripción y caducidad”.⁶⁰² Es por ello que, el concepto “negocio jurídico” sirve para reunir a los contratos o actos negociales en una sola categoría.

En conclusión, “la teoría del negocio jurídico no tiene aplicación legislativa en el CC porque no ha regulado el modelo legislativo del negocio jurídico”.⁶⁰³ Lo que hizo este Código es sustraer concepciones del Código Civil italiano en materia de contratos. No ha seguido el lineamiento de la doctrina alemana ni española.

“La Teoría General del Negocio Jurídico nos da el instrumento para resolver el problema de la relevancia de la actividad de los particulares en la modificación de la realidad jurídica; es decir, en la producción de los efectos jurídicos”.⁶⁰⁴ La ventaja que tiene la existencia de esta teoría es que posibilita a los juristas y doctrinarios a tener una visión mucho más completa y racional del tema, ya que el referido Código no la regula en profundidad ni de una manera tan específica.

⁶⁰⁰ <https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-realmente-actualizado/10709/21>.

⁶⁰¹ VIDAL RAMÍREZ, F. (2020). *El acto Jurídico*. Lima: Universo, p. 38.

⁶⁰² MORALES HERVIAS, op. cit., p. 303

⁶⁰³ *Ibidem*, op. cit., p. 305

⁶⁰⁴ PALACIOS MARTÍNEZ, E. (1994). “Algunos apuntes dogmáticos sobre el concepto de negocio jurídico”. En *Themis. Revista de Derecho*, N° 30, p. 79.

III. 2. Obligaciones: derecho civil mexicano, brasileño y chileno

A su turno, el Código Civil mexicano prescribe en el tema de las obligaciones a partir del libro cuarto, “De las Obligaciones”, primera parte, “De las Obligaciones en General”, título primero, “Fuentes de las Obligaciones”, empero, a partir del artículo 1792 comienza refiriendo a una de las fuentes de las obligaciones, esto es, de los contratos; por otro lado, incorpora en el artículo 1824 a los “objetos de los contratos”, disponiendo entre ellos “la cosa que el obligado debe dar; II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer”. De ello deducimos que en el ámbito del Código Civil mexicano no existe definición de obligaciones, sino que el legislador prefirió en su ley comenzar el tratamiento directo de las fuentes de las mismas, entre ellas los contratos, siendo estos “objetos” de los contratos, los que en nuestro medio identificamos como objetos generales de las obligaciones, con lo cual no habrían mayores diferencias de tratamiento.

Por otro lado, el Código Civil brasileño trata el tema de las obligaciones a partir del Livro I, “Do Direito das *Obrigações*”, Título I, “Das Modalidades Das *Obrigações*”, Capítulo I, “Das *Obrigações* de Dar”, *Seção* I, “Das *Obrigações* de Dar Coisa Certa”, describiendo en el artículo 233 que “*A obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso*”, siendo su traducción equivalente a “La obligación de ceder algo cubre sus accesorios aunque no se mencionen, a menos que resulte lo contrario del título o de las circunstancias del caso.”⁶⁰⁵

En el Código Civil de Chile, elaborado por Andrés Bello, de formación innegablemente romanística, también está presente el derecho romano, y en relación a las obligaciones debemos remitirnos directamente a la lectura de los artículos 1437 y 2284, pues toda la legislación

⁶⁰⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm 11/10/21.

latinoamericana, en general, enraíza la juridicidad latina que devela o descubre la practicidad romana.⁶⁰⁶

IV. A modo de conclusión

El derecho romano es claro forjador del sistema jurídico occidental, también denominado sistema continental, en mayor o menor medida sea cual fuere la rama del derecho que se coteje, debajo del polvo que, por el transcurso del tiempo se acumula, encontramos la esencia de la cultura romana. Ni siquiera es necesario hurgar en demasía, especialmente si nos referimos a institutos del derecho privado. Las obligaciones, su conceptualización y elementos no son la excepción, como tampoco lo son las fuentes de las mismas.

Vulgarmente diríamos que nada nuevo existe bajo el sol. Es que el derecho como objeto cultural existe desde que existe el hombre, más o menos rudimentario, pero solo pervive el que es útil, el que es forjado respetando las necesidades y esencias del pueblo que lo vivencia y legitima a lo largo del tiempo.

V. Bibliografía consultada

- ARGÜELLO, L. (1988). *Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Buenos Aires: Astrea.
- BUERES, A. (2017). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comentado y concordado*. Buenos Aires: Hammurabi/Depalma.

⁶⁰⁶ <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1803.pdf> 25/08/21.

- COSTA, J. C. (2007). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- DI PIETRO, A. (2010). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- FLORES ARANA, L. *La nulidad que regula el ordenamiento jurídico guatemalteco en materia civil*, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, 2006. Págs. 30-35. Extraído de: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_5882.pdf.
- LAPIEZA ELLI, A. (1984). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma.
- LOHMANN, J. (1987). *El negocio jurídico*. Lima: Stadium.
- MARROQUÍN, F. *Supresión de la simulación como vicio del consentimiento en nuestro Código Civil Decreto Ley Número 106*, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, 2006. Capítulo V. Extraído de: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6495.pdf.
- MORALES HERVIAS, R. (2007). “Nuevas perspectivas del Negocio Jurídico”. En *Derecho y Sociedad*, N° 28.
- PALACIOS MARTÍNEZ, E. (1994). “Algunos apuntes dogmáticos sobre el concepto de negocio jurídico”. En *Themis. Revista de Derecho*, N° 30.
- SARAT CUC, D. *Análisis jurídico doctrinario de las causas que declaran la ineficacia del negocio jurídico*, Universidad Rafael Landívar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Campus de Quetzaltenango, 2012. Págs. 29-33. Extraído de: <http://biblio3.url.edu.gt/Tesario/2013/07/01/Sarat-Debora.pdf>.

- SOLIMANO, N. de (1986). “El romanismo de los juristas latinoamericanos: Dalmacio Vélez Sarsfield”. En *Derecho PUCP*, N° 40.

- VIDAL RAMÍREZ, F. (2020). *El acto Jurídico*. Lima: Universo.

Del negocio jurídico a las obligaciones: cumplimiento y buena fe (segunda parte)

Equipo de Investigación de la Universidad John F. Kennedy:
Marilina Andrea Miceli (directora),⁶⁰⁷ Andrea Costa⁶⁰⁸
y Sebastián Cuenca⁶⁰⁹

Resumen

La conceptualización y la clasificación de las obligaciones tomando como antecedente el instituto del negocio jurídico y su recepción en

⁶⁰⁷ Doctora en Derecho. Profesora universitaria. Docente Adjunta Interina de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Asociada en la Cátedra de Derecho Romano de la Universidad Abierta Interamericana. Profesora Asociada de la materia Derecho Romano en la Universidad Argentina John F. Kennedy. Profesora de la Universidad Católica de La Plata. Profesora de posgrado Asociada en la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Abierta Interamericana y del doctorado en la UAJFK. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM), de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA) y del Instituto de Historia y Cultura Clásica de la Universidad Católica de la Plata. Directora de dos proyectos de investigación en curso rentados UAI y UAJFK.

⁶⁰⁸ Profesora de la materia Derecho Romano en la Universidad John F. Kennedy.

⁶⁰⁹ Abogado (Universidad John F. Kennedy). Psicólogo social. Diplomado en Derecho de Familia. Diplomando en Derecho Sucesorio (Universidad Católica de La Plata).

el derecho argentino, primero en la codificación de Vélez Sarsfield y posteriormente en el código unificado. Analizaremos el principio de “*bona fides*” y la importancia de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones como presupuesto de carácter general que subyace en todos aquellos acuerdos suscriptos entre privados.

Palabras clave: derecho romano; *bona fides*; obligaciones; negocio jurídico; derecho vigente; Código Civil; Código Civil y Comercial de la Nación.

El principio de buena fe ha sido uno de los pilares sobre los que se construyó el derecho de Roma y su alcance debe ser analizado con relación a cada instituto en particular. En el presente trabajo estudiaremos su vínculo con el instituto de las obligaciones.

Cicerón definió a la “*fides*” como “hacer aquello que se dice”.⁶¹⁰ De este modo la “*fides*” se hallaba vinculada a la idea de lealtad. Aquella persona que se comporta habitualmente con lealtad provoca confianza en todos aquellos que se relacionan con él.⁶¹¹

El cumplimiento de las antiguas formas solemnes creaba la idea de confianza en la realización de determinadas actividades. Las sacralidades que rodeaban a la celebración de los actos permitían inferir que los individuos cumplirían con aquello a lo que se habían comprometido, es decir, que actuarían correctamente en sus relaciones jurídicas.⁶¹²

Así la “*fides*” o “fe” implicaba “tener palabra”, que los sujetos ajustarían su comportamiento conforme a la palabra dada, generando

⁶¹⁰ CICERÓN, *De re publica*, 4, 7, 21.

⁶¹¹ CASTRESANA, A. (2015). *Derecho Romano. El arte de lo bueno y lo justo*. Madrid: Tecnos, p. 220.

⁶¹² ESPINOZA, J. (2011). “El principio de la buena fe”. En *Advocatus*, N° 24, p. 245-260.

al mismo tiempo la expectativa de que se comportarían conforme a la norma.⁶¹³

Al trasladarse la noción de “*fides*” del comportamiento individual al plano de los negocios se conformó la construcción semántica “*bona fides*” (buena fe),⁶¹⁴ generando así un principio de interpretación presente en las distintas instituciones del derecho romano. Dicho principio ha tenido origen en la labor del pretor y luego fue construido y elaborado a partir de la jurisprudencia romana con relación a las distintas instituciones.⁶¹⁵

Cicerón definió este principio al decir: “El fundamento de la justicia es la buena fe, es decir, la fidelidad y la sinceridad de las palabras y de los acuerdos”,⁶¹⁶ y sostuvo que era la “actitud perseverante y veraz ante las palabras pronunciadas a los acuerdos celebrados”.⁶¹⁷

Ya con Justiniano la buena fe se transformó en un principio rector de la conducta, no para las relaciones bilaterales entre particulares, y se asemejó a “la idea cristiana de misericordia, benignidad y la caridad por oposición a la malicia y la avaricia”.⁶¹⁸

Así, la “*bona fides*” o buena fe exige según Castresana especiales deberes de conducta que implican el cumplimiento de los compromisos y la sinceridad de las palabras pronunciadas.⁶¹⁹

⁶¹³ FABRE, M. C. (2003). “Aspectos de la Buena Fe como principio general del Derecho”. En *Revista de la Asociación de Derecho Romano de la Argentina*, Vol. 2, Eudecor, Córdoba, p. 107-115.

⁶¹⁴ CASTRESANA, *op. cit.*, p. 220.

⁶¹⁵ RINALDI, N. (2020). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. Buenos Aires: Edictum, p. 135.

⁶¹⁶ CICERÓN, *De officiis*, 1, 23.

⁶¹⁷ CICERÓN, *De officiis* III, 17, 43.

⁶¹⁸ MICELI, M. y NÚÑEZ, L. (2016). “Principio de la buena fe en Roma; su derivación y aplicación actual en el instituto marital de la República Argentina”. En *Instituciones del Derecho Romano II Congreso Patagónico de Derecho Romano-Estudio y aplicación en los distintos períodos históricos*. General Roca: Publifadecs, p. 199-209.

⁶¹⁹ CASTRESANA, *op. cit.*, p. 223.

Fabre lo caracteriza como un “concepto moral” que constituye el fundamento de las relaciones jurídicas y que encuentra sustento en la “honradez” de los sujetos que han celebrado el acto.⁶²⁰

El principio de buena fe, que hemos definido en apretada síntesis, constituye una de las pautas utilizadas para integrar o interpretar la ley. Los principios generales del derecho delineados en Roma fueron incorporados por Vélez Sarsfield (art. 16 del CC) como una de las pautas que el judicante debía tener en cuenta para resolver la cuestión sometida a su conocimiento cuando la misma no pudiera ser resuelta ni por las palabras ni por el espíritu de la ley. Ello no solo facilitaba la labor del juez, sino que además aparejaba el deber ineludible de resolver la cuestión aun en aquellos casos no previstos por la ley.⁶²¹

El artículo 2 del CCyC mantiene esta premisa al estipular que los “principios y valores jurídicos” constituyen una de las pautas a tener en cuenta para la interpretación de la ley. Si bien no se hace referencia expresa a “los principios generales del derecho”, Costa afirma que los principios y valores jurídicos a los que alude la actual legislación civil y comercial incluyen los preceptos de Ulpiano⁶²² “vivir honestamente” (*honesta e vivere*), “no dañar a otro” (*alterum non laedere*) y “dar a cada uno lo suyo” (*suum cuique tribuere*), como así también al “valor justicia devenido del derecho romano” que puede ser definido como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”.⁶²³

Ellos se encuentran estrechamente vinculados con el principio de actuar de buena fe que expresamente ha sido consagrado en el artículo

⁶²⁰ FABRE, *op. cit.*, p. 107.

⁶²¹ COSTA, J. C. (2013). *Contemplación del Derecho Romano a la luz de los principios generales del Derecho en el Código Civil Argentino. Tra. Italia e Argentina. Tradizione romanistica e culture deigiuristi*. Napoli: Satura Editrice, p. 198-209.

⁶²² J. 1, 1, 3; D. 1, 1, 10, 1; J. 1, 1: D. 1, 1, 10.

⁶²³ COSTA, J. C. (2014). *El principio de equidad en la normativa argentina. Principi Generali del Diritto. Un ponte giuridicotra Italia e Argentina*. Brescia: Stem Mucchi Editore, p. 155-182.

9 de la legislación civil y comercial donde se destaca que los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

El principio de buena fe o “*bona fides*” se encuentra presente en la conceptualización de las obligaciones y en particular en las condiciones relativas a su cumplimiento.

La noción de obligación se nos presenta como el resultado de un proceso histórico, que ha sido atravesada tanto por el aspecto jurídico como también por el carácter social y cultural.

Hoy la entendemos como una relación jurídica, bajo la cual un sujeto asume hacer o dar, abstenerse, o bien dejar de realizar una acción, siempre con el fin de alcanzar un determinado resultado.

La relación de obligación tiene como objetivo la cooperación entre quienes viven en sociedad, ya que ésta se dirige siempre al interés de otro sujeto pero en definitiva resulta relevante para el interés de todo el grupo social.⁶²⁴

Dicha cooperación se enmarca dentro del principio de buena fe, de tal manera que los sujetos de la relación obligacional confían en que la contraparte cumplirá con la palabra dada.

La obligación es el reverso del derecho; de esa potestad que tenemos y que nace de la condición misma de ser persona humana (art. 19 del CCyC) en tanto adquirimos la aptitud de ser titulares de derechos y deberes jurídicos (art. 22 del CCyC) y del ejercicio pleno de los mismos (art. 23 del CCyC) procurando que éstos se nos respeten en todas las dimensiones.

La obligación es entonces la relación jurídica establecida entre dos sujetos en virtud de la cual uno de ellos (acreedor) tiene derecho a exigir al otro (deudor) la realización de una conducta de vida cuyo contenido es apreciable económicamente.

Indagar entonces en el entramado histórico de las obligaciones nos obliga a rastrear las huellas que nuestros antecesores nos han dejado,

⁶²⁴ COMPAGNUCCI, R. (2016). *Manual de Obligaciones*. Buenos Aires: Astrea, p. 2.

revisitando desde las primeras nociones de derecho en Roma y las *Institutas* de Justiniano, pasando por el Código Civil de Vélez Sarsfield, para finalizar en este presente unificado del derecho civil y comercial.

Si bien entendemos que la noción de obligaciones atraviesa todo el universo normativo, ya que condensa tanto lo referido a relaciones patrimoniales –derechos reales y creditorios– como extrapatrimoniales –derechos personalísimos y de familia–, en nuestro análisis tomaremos el concepto en términos generales, repasando tanto su forma como su contenido.

Sujetos, objetos y clasificaciones de las obligaciones

En líneas generales, los historiadores coinciden en la idea nodal de la obligación en tanto relación o compromiso con un otro, compuesta por tres elementos característicos: sujetos (acreedor-deudor), vínculo jurídico (que la circunscribe al plano de la coercitividad) y objeto (la prestación en sí de dar, hacer o no hacer), cuya particularidad consiste en que al ser susceptible de ser valorada en dinero, acarrea una consecuencia patrimonial.

Justiniano al definir el instituto señalaba que era el vínculo jurídico en cuya virtud las partes se encuentran forzadas a realizar una determinada prestación, según al ordenamiento jurídico al que pertenecen.⁶²⁵

Rodríguez Ennes señala que en la “*obligatio* clásica”, al igual que en el derecho moderno, estaban presentes dos elementos: el “débito”, definido como el deber de cumplir con determinada prestación, y la “responsabilidad o perjuicio jurídico” que recaerá sobre el deudor en caso de incumplimiento. El crédito a favor del acreedor,

⁶²⁵ I. 3, 13, pr.

de contenido patrimonial, tiene una validez relativa ya que solo puede hacerse efectivo contra determinada persona, es decir, respecto del deudor.⁶²⁶

El principio de buena fe genera que ese compromiso entre las partes tenga que ser cumplido de la manera acordada y determina la concreta extensión de los deberes asumidos por el acreedor y el deudor,⁶²⁷ quienes al concertar el negocio jurídico que ha generado la existencia de la obligación se han comprometido a cumplir con la palabra dada al momento de su celebración.

Si bien los juristas romanos clásicos han sido poco afectos a las teorías y clasificaciones, y su labor se ha centrado fundamentalmente en dilucidar el “caso concreto”,⁸ según su clasificación las obligaciones según el vínculo del que emanaban se distinguían en civiles y naturales, tanto para los ciudadanos romanos como los peregrinos; en civiles y honorarias, distinguiéndose las primeras por ser reconocidas en el *ius civile* y las segundas por estar dotadas de una *actio* del pretor y de “*stricti iuris y bonafidei*”.⁶²⁸ En estos casos, el pretor actuaba como árbitro de la equidad.

Luego, las que nacían de los sujetos, según fueran uno o varios acreedores, así como su extensión; solidaria “*in solidum*”, nacida del contrato, testamento o ley, y ambulatorias, ya que persigue a la cosa o al titular. Por último, las que nacían de objeto, ya sean genéricas y específicas, divisibles e indivisibles y alternativas y facultativas.

Con relación a las fuentes, en las *Institutas* de Justiniano se establece una clasificación cuatripartita de las fuentes: contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos, formando parejas simétricas. El cuasicontrato y

⁶²⁶ RODRÍGUEZ ENNES, L. (2001). “En torno al Derecho romano de obligaciones.” En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Vol 5. La Coruña: Editorial de la Universidad de La Coruña.

⁶²⁷ CASTRESANA, op. cit., p. 223.

⁶²⁸ LAPIEZA ELLI, A. (1984). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 254.

cuasidelito constituyen fuentes semejantes al contrato y al delito produciendo efectos comparables a ellos.⁶²⁹

Señala Rodríguez Ennes que la clasificación cuatripartita de las fuentes encontró fundamento en “la realidad del derecho” de esa época, ya que junto a los contratos surgieron supuestos en los que podía advertirse una analogía con los contratos, mientras que también aparecieron “casos de responsabilidad objetiva” en los que un sujeto “controla una potencial fuente de peligro para la vida, la salud o el patrimonio de otros”.⁶³⁰

El principio de buena fe resulta un principio rector respecto de aquellas obligaciones nacidas de los contratos y los cuasi contratos.

Con relación a los efectos

En relación a los efectos, éstos se asemejan a los que contemplamos en nuestras leyes actuales, entendiendo como regla principal la realización de la “*praestatio*” respecto de: I. Sujetos (acreedor y deudor), II. Contenido de la prestación, III. Lugar del cumplimiento y IV. Tiempo del cumplimiento.⁶³¹

En este punto vemos la importancia –tal como se ha regulado en la actualidad– tanto del domicilio “*forum domicilii*” como de la ubicación de los bienes “*forum re*”, para la exigencia de la obligación ante el incumplimiento, figura que se usa actualmente en los contratos. También encontramos la noción de plazos, ya que frente al incumplimiento se incurría en mora automática “*mora ex re*” si las partes lo habían acordado previamente.

⁶²⁹ COSTA, J. C. (2016). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 255.

⁶³⁰ RODRIGUEZ ENNES, *op. cit.*, p. 707.

⁶³¹ COSTA, *op. cit.*, p. 257.

La buena fe ligaba el cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes a la “sinceridad” de las manifestaciones realizadas por los sujetos intervinientes y a la ausencia de engaño.⁶³² Los sujetos de la obligación tienen la expectativa de que la contraparte cumplirá con la palabra dada al momento de celebrar el acto.

Así, la buena fe se erigió como principio para determinar la “exigibilidad de las obligaciones” y amplió la discrecionalidad del juez en el derecho clásico para decidir respecto de las obligaciones que se hallaban a cargo de cada una de las partes.⁶³³

También debemos señalar la vigencia respecto de cómo los romanos abordaban el incumplimiento y la extinción; sobre la primera, ésta se podía producir por dolo, culpa grave o magna (“*culpa lata*”), culpa leve (“*culpa levis*”), caso fortuito y fuerza mayor, y por consiguiente el alcance respecto de la acción por daños y perjuicios “*lucrum cessans*”. De modo que aquí observamos claramente lo que hoy llamamos la responsabilidad dentro del marco de la teoría o derecho de daños.

Ante el incumplimiento de alguna de las partes respecto de los compromisos asumidos, la buena fe constituye un principio que permitía reclamar judicialmente con el objeto de perseguir el “correcto cumplimiento” de la obligación “sin dolo, sin engaño, sin fraude, sin abuso”. De esta forma, en caso de litigio, la buena fe permite delinear la extensión concreta de ciertos deberes asumidos por las partes.⁶³⁴

Sobre la extinción, diremos que los institutos también son muy actuales: pago “*solutio*”, forma que implica el cumplimiento de la prestación de la manera en que había sido acordada por las partes; novación

⁶³² CASTRESANA, *op. cit.*, p. 222.

⁶³³ 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*, N° 18, pp. 35-55.

⁶³⁴ CASTRESANA, *op. cit.*, p. 223.

“*novatio*”; compensación “*compensatio*”; confusión “*confutio*”; transacción “*transactio*”; y la prescripción liberatoria “*praescriptio*”.

Del Código Civil al Código unificado: la influencia romana en el instituto de las obligaciones

Reconociendo que el derecho es un “objeto cultural”, en el sentido de que está atravesado por la moral, la costumbre y los valores de una época –por más que nos resulte difícil dar una definición acabada de estos términos– consideramos menester hacer esta caracterización, para entender los diversos contextos en los cuales los legisladores y doctri- narios han de desempeñar la milenaria tarea de crear e interpretar las normas que regulan nuestra sociedad.

Señalamos esto porque muchas veces, como dice la doctrina, postu- lamos obligaciones como quien diagnostica una enfermedad, pero al hacerlo no parecemos advertir que todas esas ideas carecen de sentido inteligible si no se las compara con un punto de referencia: un sistema normativo, jurídico, moral o de otro orden, en el cual adquieren signifi- cado los derechos, las obligaciones, las normas que los establecen y los principios capaces de justificar las normas o su interpretación.⁶³⁵

Esto es así porque, junto con los tiempos, las prácticas, ideas y deman- das sociales cambian. Algunas colisionan con la norma, la deconstruyen y crean nuevas aproximaciones a los institutos, otras quedan en intentos oportunistas, o bien en la mayoría de las veces, en buenas intenciones.

Porque el derecho no escapa a las contradicciones, debates e ideo- logías de la época. Resulta “insustancial” todo análisis del conjunto normativo pasado –y esto más allá del instituto que nos compete–

⁶³⁵ GUIBOURG, R. (2002). *Provocaciones en torno del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, p. 20.

bajo la lente actual, es decir, sin contexto de donde situar los hechos y las ideas predominantes.

Señalamos esto no solo respecto de Roma, sino además sobre la génesis del Código Civil, que muchas veces ha sido, en afán de darle entidad al Código unificado, criticado por adoptar un carácter “patrimonialista” respecto del sujeto y “formalista” respecto del rol de Estado de derecho, así como las relaciones de familia. No está de más mencionar que el Código de Vélez, creado en 1869, del que justamente sus modelos fueron tanto el Código francés como el derecho romano.

Levaggi sostiene que las notas del Código Civil respiran romanismo tanto por las citas directas del *Corpus Iuris Civilis*, como por las indirectas, a través de autores y códigos romanizados. El derecho romano llegó a ser fuente del argentino no por transposición directa, sino como consecuencia de un proceso histórico.⁶³⁶

Díaz Bialet afirmó que existió un proceso de transfusión del derecho romano en el derecho civil argentino que se verificó con la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield, y coincidimos con Miceli en que la sanción del nuevo Código Civil y Comercial ha completado una nueva etapa de este proceso, en el cual se ha mantenido la tradición romanista con los necesarios cambios introducidos en función de los avances científicos y las necesidades sociales.⁶³⁷

El Código Civil de Vélez Sarsfield abordó la noción de Obligaciones en el Libro II, “Derechos personales en las relaciones civiles”, con la premisa del autor en separar el tratamiento de las mismas en general respecto del análisis de las fuentes, esto es, los derechos reales y los contratos.

⁶³⁶ LEVAGGI, A. (2014) “Cómo el derecho romano llegó a ser fuente del derecho argentino”. En *Derecho al Día*, Facultad de Derecho UBA- Recuperado de: www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/como-el-derecho-romano-llego-a-ser-fuente-del-derecho-argentino/+5160.

⁶³⁷ MICIELI, L. (2018). “Las obligaciones”. En *Revista Jurídica Electrónica*. Edición Especial “III Jornadas de Derecho Romano, Año III, N° 5.

Una particularidad es que el autor no definió el instituto. El artículo 495 del CC establecía que “las obligaciones son: de dar, de hacer o de no hacer”.

El Código Civil y Comercial estructura las obligaciones siguiendo a Vélez, pero de la siguiente forma: I. Disposiciones generales; II. Acciones y garantía común de los acreedores; III. Clases de obligaciones; IV. Pago; y V. Otros modos de extinción. A diferencia de aquel, el nuevo corpus sí se refiere a la obligación y la define como una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés (art. 724 del CCyC).

Observamos que en ambos casos se siguen los lineamientos de Justiniano, con la diferencia de lo respectivo a derechos reales, contratos y transmisión de derechos por causa de muerte, que como sabemos en ambos códigos son tratados en libros separados.

Con relación al fondo, es decir, al contenido propio de las obligaciones, coincidimos con Costa en que junto con los contratos y derechos reales, es la institución actual que más se asemeja a los orígenes de la “*lex romana*”, ya que en esencia todo lo que hoy reconocemos en nuestro derecho sobre Obligaciones, ha ido en el mismo sentido que las *Institutas*.

Tal vez la diferencia más radical la encontremos en los orígenes respecto de los efectos; en el derecho romano señalamos, se propugnaba castigo físico al deudor de la obligación requerida, asimilando un incumplimiento contractual con la comisión de un delito. Práctica que, como vimos, luego fue abandonada.

Por lo demás, las “*obligatio*” han quedado prácticamente idénticas, ya que ambos códigos y la doctrina actual receptaron la Teoría Bipolar (o del vínculo jurídico complejo) entre el “*creditor*” y “*debitor*”, que establece el deber de realizar una prestación y la facultad de reclamar judicialmente sino se cumple, y cuyo origen sin dudas lo encontramos en las *Institutas*.

La clasificación de las obligaciones mantiene la clasificación nacida de la tradición romanista, con excepción de las denominadas obligaciones naturales, que Vélez Sarsfield había mantenido en el Código por contraposición con las obligaciones civiles (arts. 515 al 518) que en la actual legislación civil y comercial han sido denominadas como un deber moral (art. 728 del CCyC).

Al respecto, señalamos que en el Código Civil y Comercial se desarrolló cada tipo de obligación de manera específica, regulando las obligaciones de dar de manera genérica (arts. 746 al 749) y luego cada tipo de ellas en particular -dar cosa cierta para constituir derechos reales, dar para restituir, de género y de dar dinero- (arts. 750 al 772). Luego se regulan las obligaciones de hacer y de no hacer (arts. 773 al 778), obligaciones alternativas (arts. 779 al 785), facultativas (arts. 786 al 789), con cláusula penal (arts. 790 al 804), divisibles e indivisibles (arts. 805 al 824), de sujeto plural (arts. 825 al 849), concurrentes (arts. 850 al 852), disyuntivas (853 al 855) y principales y accesorias (arts. 856 y 857).

Con respecto al cumplimiento también se respeta la tradición romanista estableciéndose con relación al objeto del pago que se deben respetar las características de identidad, integridad, puntualidad y localización (arts. 865 al 885).

Ante el incumplimiento se estableció como regla la mora automática (art. 886). Vélez Sarsfield había consagrado el sistema de interpelación en mora del deudor (art. 509), pero con la reforma implementada por la Ley 17.711, la modificación en las condiciones imperantes en la sociedad argentina, generaron la necesidad de un cambio y entonces se adoptó la mora automática. Ambos preceptos encuentran origen en el derecho romano.⁶³⁸

Por último, debemos destacar que el artículo 729 de la legislación unificada establece que acreedor y deudor deben actuar con “cuidado,

⁶³⁸ COSTA, J. C. (2005). “Raíces romanas en las instituciones modernas.” En *Revista de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina*. Vol. IV, pp. 95-114.

previsión y según las exigencias de la buena fe”, guardando estrecha relación con el principio de buena fe que regía en Roma y se hallaba vinculado a la idea de la confianza existente entre las partes en que la otra cumplirá con los compromisos asumidos de la manera acordada al celebrar el acto.

El Código Civil de Vélez Sarsfield en materia de obligaciones no había consagrado específicamente que acreedor y deudor debían actuar con buena fe, y este principio se incorporó expresamente en el Código Civil y Comercial.

Brevemente señalaremos, con relación al derecho comparado, que las legislaciones civiles de Perú (arts. 1132 al 1160), Chile (arts. 1437 y 2284 en particular) y Bolivia (art. 294 y cctes.), países con tradición romanista, presentan similitudes con relación al sistema adoptado en nuestro Código Civil y Comercial y la regulación que en el mismo se ha hecho del instituto de las obligaciones.

A modo de conclusión

Muchos de los principios generales del derecho se encuentran presentes en el derecho actual; el principio de buena fe no es la excepción.

El derecho es el resultado de una construcción histórica, de una necesidad –frente a la incipiente complejidad que conllevan las relaciones sociales– de buscar la protección de la persona, ya sea respecto de su patrimonio como de sus derechos personalísimos.

Pero volvamos al comienzo: ¿qué es entonces una obligación? Podemos decir que es un conjunto de valores proyectados en una conducta tipificada en la norma. Es la conducta de dar, de hacer o no hacer; es el deber de prevenir, reparar o no agravar un daño.

Por ende, si estamos frente a un “compromiso”, el principio de buena fe genera en las partes el deber de actuar correctamente, de acuerdo a la palabra dada, y colabora con una convivencia pacífica.

Al respecto no podemos olvidar las palabras de Ulpiano: “Vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo que es suyo”, “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”, para hacer de la equidad no solo un valor de justicia, sino un deber, o lo que es lo mismo decir, una obligación de vida.

Bibliografía

- CASTRESANA, A. (2015). *Derecho Romano. El arte de lo bueno y lo justo*. Madrid: Tecnos.
- COMPAGNUCCI, R. (2016). *Manual de Obligaciones*. Buenos Aires: Astrea.
- COSTA, J. C. (2013). *Contemplación del Derecho Romano a la luz de los principios generales del Derecho en el Código Civil Argentino. Tra Italia e Argentina. Tradizione romanística e culture deigiuristi*. Napoli: Satura Editrice.
- COSTA, J. C. (2005). “Raíces romanas en las instituciones modernas”. En *Revista de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina*, Vol. IV.
- COSTA, J. C. (2014). *El principio de equidad en la normativa argentina. Principi Generali del Diritto. Un ponte giuridicotra Italia e Argentina*. Brescia: Stem Mucchi Editore.
- COSTA, J. C. (2016). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- ESPINOZA, J. (2011). “El principio de la buena fe”. En *Advocatus*, N° 24.

- FABRE, M. C. (2003). “Aspectos de la Buena Fe como principio general del Derecho”. En *Revista de la Asociación de Derecho Romano de la Argentina*, Vol. 2, Eudecor, Córdoba.
- GUIBOURG, R. (2002). *Provocaciones en torno del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- LAPIEZA ELLI, A. (1984). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma.
- LEVAGGI, A. (2014). “Cómo el derecho romano llegó a ser fuente del derecho argentino”. En Derecho al día, Facultad de Derecho, UBA. Disponible en: www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/como-el-derecho-romano-llego-a-ser-fuente-del-derecho-argentino/+5160.
- MICELI, M. y NÚÑEZ, L. (2016). “Principio de la buena fe en Roma; su derivación y aplicación actual en el instituto marital de la República Argentina”. En *Instituciones del Derecho Romano. II Congreso Patagónico de Derecho Romano-Estudio y aplicación en los distintos períodos históricos*. General Roca: Publifadecs.
- MICIELI, L. (2018). “Las obligaciones”. En *Revista Jurídica Electrónica*. Edición Especial III Jornadas de Derecho Romano, Año III, Nº 5.
- RINALDI, N. (2020). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. Buenos Aires: Edictum.
- RODRÍGUEZ ENNES, L. (2001). “En torno al Derecho romano de obligaciones”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Vol 5. La Coruña: Editorial de la Universidad de La Coruña.
- 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*, N° 18.

El juez debe conocer el derecho: “*iura novit curia*”

Por Laura Liliana Micieli,⁶³⁹ Adrián Gustavo Vedia⁶⁴⁰
y Yamila Fuentes Francis⁶⁴¹

Resumen

Analizando el origen histórico del aforismo *iura novit curia* nos encontramos con su raíz romanista abonada por una parte de la doctrina. Se expone asimismo la doctrina que remonta el origen del aforismo a la Edad Media como otra línea de pensamiento.

En base a sus orígenes se analiza el desarrollo histórico y su aplicación en las diversas acepciones que se le fue dando al aforismo, acuñándose en la práctica jurídica.

⁶³⁹ Profesora titular de la cátedra de Derecho Romano en la Universidad Nacional de La Rioja (UNLaR), en las carreras de Abogacía, Escribanía y Procuración.

⁶⁴⁰ Profesor Jefe de Trabajos Prácticos de la cátedra de Derecho Romano en la Universidad Nacional de La Rioja (UNLaR), en las carreras de Abogacía, Escribanía y Procuración.

⁶⁴¹ Profesora auxiliar de la cátedra de Derecho Romano en la Universidad Nacional de La Rioja (UNLaR), en las carreras de Abogacía, Escribanía y Procuración.

Por último, se aborda el análisis jurisprudencial en las diversas materias del derecho que dan cuenta de su uso actual y el valor que los tribunales le dieron a este aforismo que hoy es un insoslayable principio jurídico.

Palabras clave: *iura novit curia*

I. Inicio

El trabajo es un acercamiento a analizar el origen histórico del aforismo *iura novit curia* partiendo de la tesis que sostiene su raíz romanista abonada por una parte de la doctrina.

No dejamos de lado la doctrina que remonta el origen del aforismo a la Edad Media como otra línea de pensamiento, pues es objeto de este trabajo analizar si este principio de que el juez conoce el derecho fue acuñado en Roma, o si por el contrario tiene un origen en otro periodo histórico.

En base a sus orígenes se analiza el desarrollo histórico y su aplicación en las diversas acepciones que se le fue dando al aforismo, acuñándose en la práctica jurídica.

Por último, realizamos el análisis de jurisprudencia argentina en las diversas materias del derecho que dan cuenta de su uso actual y el valor que los tribunales imprimieron a este aforismo que hoy es un insoslayable principio jurídico.

II. Origen histórico

En sus inicios, *iura novit curia* se ha convertido por su aplicación en un principio insoslayable en gran parte de la jurisprudencia de Latinoamérica, del cual pueden encontrarse dos principales acepciones respecto de su génesis.

La aplicación de este principio se produce a nivel mundial enmarcado en el fenómeno de la globalización y la obligatoriedad o vinculación de las normas que surgen del sistema jurídico de cada país.

No hay una claridad en torno al tiempo y el lugar en donde se dio origen o génesis al aforismo *iura novit curia*, expresión que se traduce como “el juez conoce el derecho”.

Alguna parte de la doctrina expresada en un trabajo del Dr. Reinoso del año 2016 se refiere a que la utilización de este aforismo comienza en la Edad Media hacia el siglo XII. Otros autores, en tanto, hacen referencia a que los orígenes se remontan al derecho romano. Según la opinión de otra parte de la doctrina, esta expresión no se trata de un aforismo, sino que es categorizada como un brocárdico, máxima o principio.

La jurisprudencia en general se refiere al *iura novit curia* como un principio, de allí es que hemos seleccionado el mismo para adentrarnos en sus orígenes históricos, los cuales conforme a lo que expusimos precedentemente se encuentran un tanto difusos ya que no existe una expresión elocuente en las fuentes que haga referencia a este concepto.

Quienes se apoyan en el origen romano de este principio consideran que este aforismo era más extenso y la expresión completa señalaba “*venite ad factum, iura novit curia*”. Es decir que la expresión estaría como subdividida en dos partes, la primera haciendo referencia a la obligación de las partes de poner en conocimiento los hechos tal como sucedieron, mientras que en la segunda se concentra en el conocimiento que debe tener el juez sobre el derecho. La doctrina considera que el adagio fue sintetizado, y elimina lo referente a la actividad y la esfera de incumbencia de las partes centrándose exclusivamente en el deber que le cabe a la autoridad judicial.

Es elocuente que la expresión ha quedado reducida y, así, *iura novit curia* es lo que predomina actualmente resaltando y dando gran importancia al conocimiento en conjunto de los jueces que deben tener acerca de la normativa aplicante.

Algunos autores explican el origen del aforismo subdividiéndolo en

tres partes. La primera, que antepone un sujeto que es la expresión *curia*, término altamente relacionado con la Santa Sede y que en Roma era un grupo de instancia que ejecutaba funciones de legislar, acusar y administrar bajo la subordinación del monarca mayor, el papa; sin embargo, el sujeto es analizado no desde la Iglesia sino desde el rey y sus órganos gubernamentales que administraban las naciones.

Con respecto a la segunda parte, se observa el termino *novit* como un verbo que indica conocimiento.

Y por último, como complemento la expresión *iura* término plural que se refiere a los derechos.

Consultados los textos habituales sobre el proceso romano, es Humberto Cuenca quien nos da alguna referencia a este aforismo, y al referirse o analizar el tema de la prueba tanto en el procedimiento formulario como en el extraordinario, afirma lo siguiente:

(...) la prueba está más reglamentada, pero no tanto como para coartar el poder inquisitivo del juez, sino para hacer más precisos y eficaces los medios de convicción. Inclusive el magistrado puede ordenar, de oficio y a solicitud de partes todas las pruebas que considere indispensables para la averiguación de la verdad. El principio de *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 acciones de la ley las fórmulas eran secretas; en cambio en el procedimiento extraordinario la presunción de conocimiento del derecho obra poderosa y efectivamente contra los litigantes.

Se infiere de este párrafo que Cuenca afirma que este principio o este aforismo tendría sus orígenes en la actividad del juez y/o del pretor en el procedimiento sobre todo o en especial formulario.

Algunos autores procesalistas afirman que en la tarea del pretor en el procedimiento de las acciones de la ley como en el procedimiento formulario estaría el origen del principio, pues el pretor pide a las partes

los hechos para concederle la acción que le será aplicable, es decir, el derecho sobre el cual posteriormente se expedirá el juez.

Consideramos que en esta actividad está basada esta expresión que guarda tanta vigencia en la doctrina procesal actual.

III. Aplicación del principio en la jurisprudencia

Este principio originado en la actividad del pretor, cuya génesis hemos analizado, es hoy de uso frecuente a través de numerosos precedentes en Latinoamérica, centrando nuestro análisis en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La interpretación del alcance del principio *iura novit curia* es diferenciado dependiendo de la materia en que se trate según los precedentes del Alto Tribunal federal.

La Corte ha sostenido como regla que el principio *iura novit curia* faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes.

Así es función de los jueces aplicar el derecho a los supuestos fácticos alegados y probados por las partes, con prescindencia de las afirmaciones de orden legal formuladas por ellas (Fallos: 322: 960; 321: 2767; 317: 80; 301: 735; 296: 504; 294: 343; 291: 259), aun ante el silencio de estas (Fallos: 316: 871; 211: 54).

Ya en el año 1897, en la causa “Rivas y cía.” (Fallos: 67: 166), en el marco de un conflicto originado en virtud de un contrato de transporte por ferrocarril, la Corte entendió que era deber del juez aplicar la ley pertinente, aunque las partes no lo hubieren invocado, o invocasen otros equivocadamente, a los hechos que sirven de base a las acciones y excepciones deducidas en la demanda y en la respuesta, o en la oportunidad legal del juicio, en su caso.

La mencionada facultad, propia de los jueces, deriva de los principios esenciales que organizan la función jurisdiccional.

Asimismo, ha expresado que la aplicación por parte del juez de normas o principios jurídicos no invocados por las partes, sin alterar los hechos en que la acción se funda, no comporta agravio constitucional.

Si bien el principio de congruencia impone a los jueces y tribunales decidir de conformidad con los hechos y pretensiones deducidas, esta limitación es infranqueable en el terreno fáctico (congruencia objetiva), pero no rige en el plano jurídico donde la fundamentación en derecho o la calificación jurídica efectuada por los litigantes no resulta vinculante para el juez a quien, en todos los casos, le corresponde “decir el derecho” (*iuris dictio* o jurisdicción) de conformidad con la atribución *iura curia novit*.

Pero la Corte fue forjando esta posición en base a diferentes criterios según las materias, cuyas específicas consideraciones dieron lugar a un sinnúmero de fallos en relación a cuál era el verdadero alcance del *iura novit curia*.

Así es el caso de las cuestiones de derecho público, donde se pueden advertir los siguientes pronunciamientos del Alto Tribunal:

La Corte ejerciendo su competencia originaria ha establecido que, si el presupuesto de hecho en que basó la parte su pretensión fue admitido y acreditado en la causa, el derecho en que aquella fundó la demanda no obsta para que la Corte Suprema aplique, como lo haría cualquier otro tribunal, el principio *iura novit curia* y dirima el conflicto subsumiendo la realidad fáctica en las normas jurídicas que la rigen (C. 2002. XXXII. Chubut, Provincia del, 07/12/2001).

También en B. 96 XLII “Boleso”, 04/09/2007, resolvió que

debía desestimarse la objeción dirigida a cuestionar la decisión que había aplicado las leyes 4558 y 4726 de Corrientes sin haber mediado petición de parte, pues no importaba violación al principio de congruencia, la actividad del juzgador que subsume en la regla jurídica adecuada, la pretensión deducida,

máxime cuando las leyes que se aplican establecen que sus disposiciones son de orden público.

En materia previsional, recientemente la Corte, en oportunidad de decidir sobre la procedencia de un beneficio de pensión, resolvió:

Si bien la actora no había fundado su pretensión en lo dispuesto por el art. 113, inc. b), de la ley 21.965, de ello no podía resultar un obstáculo para juzgar su procedencia pues, la fundamentación en derecho o la calificación jurídica efectuada por los litigantes no resultaba vinculante para el juez a quien, en todos los casos, le correspondía “decir el derecho” (*iuris dictio* o jurisdicción) de conformidad con la atribución *iura curia novit*. (Fallos: 344: 5).

En materia de jubilaciones, en una causa en la cual se discutía el ajuste del haber, expresó que

el criterio que surgía de las causas “Monzo”, “Sánchez” y “Badaro” debía ser implementado solo hasta el 30 de abril de 2005, ya que a partir del 1° de mayo de ese año había comenzado a regir el decreto 137/2005, que creó el suplemento denominado “Régimen Especial para Docentes”, que junto con la Resolución N°33/2005 de la Secretaría de Seguridad Social debían ser aplicados, sin que obste a ello que la demandante no hubiera solicitado en forma expresa su aplicación, ya que el principio *iura novit curia* faculta a calificar la realidad fáctica y subsumirla en las normas que la rigen (Fallos: 333: 828).

Frente a un reclamo vinculado al beneficio jubilatorio manifestó que

si bien la peticionaria y la cámara habían realizado un encuadramiento legal deficiente de las circunstancias fácticas del caso, la pretensión de la actora siempre estuvo dirigida a mantener el sistema de jubilaciones que es propio de los docentes, lo que resultaba suficiente para que la Corte, en virtud del principio *iura novit curia*, aplicara la norma que específicamente rige el caso con prescindencia de los fundamentos jurídicos invocados por las partes (Fallos: 328:

4710). Con similares argumentos sostuvo que, aunque el encuadramiento legal que perseguía la titular del beneficio no había sido invocado de modo expreso en su apelación ante la cámara, era deber de los jueces discurrir los conflictos y dirimirlos de acuerdo con el derecho aplicable (Fallos: 328: 2824).

En materia laboral, la Corte dejó también sentado su interpretación en relación al alcance del *iura novit curia*:

En una causa por despido entendió que debía confirmarse la sentencia que había hecho lugar a la pretensión del actor tendiente a que se declarase nulo el despido del cual fue objeto, pues la decisión impugnada, más allá de contar con un fundamento jurídico diverso al postulado en la demanda, guardaba total correspondencia con el petitório inicial por lo que no se constataba transgresión alguna a la directiva que veda a los tribunales fallar extra petita (Fallos: 337: 1142).

En “Buzzi” (Fallos: 310: 2305) se estableció que

si alegando una situación de dependencia, la actora había efectuado diversos reclamos laborales, era arbitraria la sentencia que condenó a los demandados a abonar una indemnización como sustento en los servicios de tipo laboral prestados por aquella (art. 1628 del Código Civil) con apoyo en el principio *iura novit curia*, y el del enriquecimiento sin causa, pues reconocer a una de las partes derechos no reclamados, resultaba incompatible con el art. 18 de la Constitución Nacional.

Hizo lo propio en materia Civil, ya que se pronunció al respecto, por ejemplo:

En relación a una causa por daños y perjuicios la Corte estableció que debía dejarse sin efecto la sentencia que no había hecho lugar a la acción en la que se reclamaba la reparación de un accidente de trabajo seguido de muerte, pues aún, cuando la actora había sustentado su pretensión en lo normado por la ley

24.028, correspondía al juez de la causa fijar el marco jurídico debido, conforme al principio *iura novit curia* (Fallos: 334: 120).

En un reclamo de cerramiento de ventanas y luces en la pared lindera estableció que

si bien era cierto que en el escrito inicial se había calificado al muro como medianero y se habían invocado los arts. 2730, 2737 y 2740 del Código Civil, ello no impedía que se realizara un examen integral de la cuestión y se aplicaran las disposiciones vigentes, porque los jueces no se encontraban vinculados por la calificación jurídica que las partes dieron a sus pretensiones y podían suplir el derecho mal invocado por aquellas en tanto no alteren las bases jurídicas del litigio o la *causa petendi* (Fallos: 324: 1234).

En materia de prescripción dispuso que

debía dejarse sin efecto el pronunciamiento que había declarado la prescripción de la acción omitiendo injustificadamente la aplicación del art. 28 del decreto 91/98, pues tal norma regía la cuestión controvertida y su aplicación resultaba imperativa con arreglo al principio *iura novit curia* (Fallos: 326: 164). También expresó que ante la inequívoca y formal declaración de voluntad realizada por el recurrente en el sentido de que se declarara que la acción del actor estaba extinguida por el hecho de la prescripción, el principio *iura novit curia* permitía eficazmente soslayar el deficiente encuadramiento que aquel había asignado a su relación con la cosa y declarar la prescripción que correspondía con arreglo a los hechos comprobados de la causa y a su correcta tipificación legal (Fallos: 316: 871).

En relación a cuestiones procesales, por ejemplo en referencia al pedido de apertura a prueba en segunda instancia, la Corte descalificó la sentencia que había desestimado el pedido solicitado por la actora, que se basaba en un hecho de especial importancia para la causa y que había llegado a su conocimiento después de la oportunidad prevista

por el artículo 365 del Código Procesal Civil y Comercial, pues por aplicación del principio *iura novit curia* la alzada debía examinarlo a la luz de lo dispuesto por el artículo 260, inciso 5°, ap. a), del citado código (Fallos: 320: 841).

En Fallos: 315: 1492 entendió que

cualquiera fuera el nombre asignado a la acción, por aplicación del principio *iura novit curia*, la Corte estaba facultada para superar óbices formales cuando se trataba de una persona que se había sentido mortificada en sus sentimientos más profundos por expresiones ínsitamente agraviantes para su sistema de creencias, considerando la presencia de un acto ilícito o de un abuso del derecho.

Es importante recalcar que la Corte en sus fallos también ha sostenido que la facultad derivada del principio *iura novit curia*, que se encuentra en cabeza de los jueces, no se extiende a alterar las bases fácticas del litigio, ni la causa “*petendi*”, ni tampoco a la admisión de hechos o defensas no esgrimidas por las partes.

En consonancia con ello sostuvo que no cabe aplicar el principio *iura novit curia* si excede el ámbito que le es propio y lesiona garantías constitucionales, pues la calificación de las relaciones jurídicas que compete a los jueces no se extiende a la admisión de defensas no esgrimidas ni autoriza a apartarse de lo que tácitamente resulte de los términos de la *litis*.

El principio *iura curia novit* no podía ser entendido con un alcance tal que no solo sustituya instrumentalmente la vía procesal elegida por el demandante mediante la calificación jurídica apropiada, sino que incluso altere la naturaleza y alcances de la pretensión que se promueve, supliendo una actuación que, en el ámbito del principio dispositivo vigente en el proceso civil, es personal de todo sujeto que peticiona ante el Poder Judicial.

Si bien conforme con el principio *iura novit curia*, los jueces no se encontraban vinculados por la calificación jurídica que las partes habían dado a sus pretensiones y podían suplir el derecho mal invocado por aquellas, ello era así en tanto no alteraran las bases fácticas del litigio o

la *causa petendi*. Como contrapartida se estableció en sucesivos fallos que se alteraban las bases fácticas del litigio y la *causa petendi*, cuando la pretensión originariamente deducida se convertía en otra en virtud de la cual se terminaba desvirtuando el principio.

Asimismo, la Corte interpretó que se lesionaba el ejercicio del derecho de defensa en juicio si se limitaba la producción de ciertas medidas de prueba mediante la aplicación estricta del principio que las restringe a las cuestiones contenidas dentro del marco de la litis, y luego, al dictar sentencia, se fundaba el pronunciamiento en un criterio amplio que incluía la admisión de pretensiones no deducidas bajo el amparo de la regla *iura novit curia* (Fallos: 315: 103).

En materia recursiva, la facultad de decidir el derecho, que autoriza a los jueces a calificar autónomamente los hechos del caso y subsumirlos en las normas jurídicas que lo rijan (*iura novit curia*), reconoce excepción respecto de los tribunales de alzada, en el ámbito de los puntos resueltos con carácter firme en primera instancia, pues no pueden exceder, en materia civil, la jurisdicción devuelta por los recursos deducidos ante ellos (Fallos: 313: 983; 312: 696; 307: 948; 252: 323).

En fin, lo anteriormente expuesto da cuenta del criterio adoptado por la Corte, donde puede advertirse el sentido actual de la expresión que viene acuñada de tiempos inmemoriales y que tan arraigada se encuentra en el lenguaje jurídico actual.

IV. Conclusión

El principio *iura novit curia* es ampliamente adoptado en la jurisprudencia actual, encontrándose así un concepto general como facultad del juzgador de poder aplicar la norma vigente independientemente de la que las partes hayan invocado, con la limitación de que solo debe aplicarla sobre la base fáctica que los litigantes hayan formado con su actividad procesal.

Pero se analizó que en determinadas ramas del derecho, como en el derecho penal, laboral, previsional, civil, debe tener especial consideración el caso particular y las limitaciones a esta facultad de poder subsumir los hechos en el derecho.

Por ejemplo, en el caso del derecho penal, no es posible al juez suplir la actividad acusatoria del fiscal en la etapa del plenario, modificando la acusación que el fiscal no haya encuadrado en su oportunidad, bajo el fundamento de haber hecho uso del principio *iura novit curia*.

Es decir que si tenemos en cuenta el origen con el que entendemos se acuñó este brocárdico, podemos advertir que la actividad del pretor en tanto solicitaba a las partes los hechos, para concederle la acción que era la aplicarle a esa plataforma fáctica, advertimos con claridad una clara aplicación del hoy principio jurídico *iura novit curia*.

Sería importante avanzar con la investigación histórica de las fuentes para poder derivar cuestiones de casos específicos del derecho pretorio donde puedan advertirse los alcances dados y límites en esta actividad, lo cual será seguro objeto de nuevos trabajos de investigación.

V. Bibliografía

- BLACKABY, N., y CHIRINOS, R. (2013). “Consideraciones sobre la aplicación del principio de *iura novit curia* en el arbitraje internacional”. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 3.

- <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sj/>

- GUTIÉRREZ LUCAR, M. (2021). “Principales riesgos y límites de la aplicación del principio de *iura novit curia* en el arbitraje nacional”. En *Ius Et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, N° 52, ISSN 2523-6296, pp. 299-310.

- REINOSO, F. (2016). “*Paroemia et regulae iuris romanorum*: Desde el *ius commune* a la jurisprudencia de la Unión Europea”. EN *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, 13(1), pp. 590-623.

- SENTÍS, S. (1957). *El Juez y el Derecho (Iura novit curia)*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

El deber de juzgar y el principio de razonabilidad como expresión del derecho a la tutela judicial efectiva. Antecedentes romanísticos

Por Patricia Silvina Mora⁶⁴²

I. Introducción

Ocuparse históricamente de un instituto jurídico implica remontarse en el pasado para registrar sus fuentes. Esta tarea no se impone como un método meramente especulativo o conceptual, sino que se presenta como necesaria para registrar su verdadera utilidad y sentido.

Cicerón en *Brutus*, XVIII, 71, recuerda que el origen de las distintas instituciones suele distar bastante de aquellos momentos en los que el grado de perfección se ha incrementado de modo considerable.

Aclarado esto, hay que conocer el lugar en que nacen y maduran las

⁶⁴² Profesora Adjunta de Derecho Romano (UBA-UAI). Profesora de Derecho Constitucional (UAI). Profesora en materias de Derecho Público en Posgrado de la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Doctoranda en Derecho (USAL).

instituciones. Tal hogar predica sin dudas la existencia de un espíritu general, matriz y motor del todo jurídico. Ese espíritu significa, en definitiva, un orden superior de valores.

Tal como afirma Ihering, es el mismo interés que manifiesta el psicólogo por el primer vagido del alma en el niño, de modo de observar directamente el despertar.⁶⁴³

Así, el espíritu del derecho romano resulta primariamente importante, de modo de ver cómo el alma de ese derecho se adelanta y vive en el alma de nuestras instituciones procesales, siendo germen y sustento de lo que vendrá después.

Pasado y presente condicionan el futuro.

Palabras clave: razonabilidad; congruencia; derechos fundamentales

II. La importancia de la acción y el deber de juzgar en el derecho romano

Corresponde señalar a priori que hasta el período clásico la acción surge como supuesto de la existencia del derecho, y acaso la característica más notoria de la realidad jurídica sea la absoluta correspondencia entre acción y derecho, lo cual hace que el *ius* aparezca como una categoría esencialmente judicial. Se puede decir, con cierta propiedad, que la acción es la medida del derecho.

Gradualmente se fue dando la intervención del órgano estatal, limitando la defensa privada a través de un ritual caracterizado por el cumplimiento de determinada formalidad o del pronunciamiento de palabras solemnes, lo que ya no se desarrollaría como hoy conceptualizaríamos

⁶⁴³ VON IHERING, R. (1947). *El espíritu del Derecho Romano*. Buenos Aires: Revista De Occidente Argentina, p. 49.

extrajudicialmente, sino a través de una etapa denominada *in iure*, por estar dirigida por el magistrado que dice el derecho (*ius dicit*).

Se sostiene, para reforzar estos conceptos, que en realidad en la época primitiva el significado de *ius* no se identificaría en sí con el derecho, tal como lo conocemos, sino con el rito, adquiriendo estrictamente un contenido procesal. Por lo tanto *in iure* implicará estrictamente ante quien tenga la potestad de indicar los pasos procesales y las fórmulas rituales a seguir.⁶⁴⁴

Esta etapa *in iure* se integraría con otra etapa denominada *apud iudicem* y en la que intervenía un *iudex* privado elegido por las partes de una lista denominada *album*.

Si bien existen referencias respecto a que en sus orígenes habría asumido el proceso privado caracteres ordálicos, lo cierto es que la progresiva secularización del mismo llevará a distinguir en profundidad ambas fases e integrará a la *iurisprudencia* en la primera, la etapa *in iure*.

La lenta evolución del sistema de la venganza privada había culminado en un régimen de justicia reconocida y administrada por los magistrados, jugando un papel preponderante el pretor como magistrado que a través de su edicto anualmente ponía en conocimiento del *populus* las *actio* que reconocería.

Sostiene la doctrina al respecto que

el término *ius* designa para los romanos tanto el derecho en sentido objetivo, entendido éste como norma, cuanto el derecho en sentido subjetivo, esto es, como facultad o poder reconocido por el ordenamiento jurídico a un sujeto. Correlativamente al concepto de *ius* en sentido subjetivo estaba el de *actio*, esto es, del medio procesal mediante el cual el ordenamiento jurídico aseguraba a los individuos la tutela y la realización de los derechos subjetivos a ellos atribuidos.⁶⁴⁵

⁶⁴⁴ NICOSIA, G. (1986). *Il Processo Privato Romano. Le origini*, Torino: G.Giappichelli Editore, pp. 49-52; 73-76.

⁶⁴⁵ ORESTANO, R. (1944). *Derecho romano*. Epesa: Madrid, p. 21.

Esta realidad se verifica con mayor potencia durante el procedimiento formulario que presupone la mecánica vitalizante del edicto y éste, a su vez, involucra la relación jurisprudente-pretor, tanto en su génesis como en su operatividad. En el edicto, el derecho aparece expresado en categorías procesales, esto es, acciones y sus respectivas fórmulas para hacerlas valer.

La prioridad de la acción respecto del reconocimiento del derecho hace que lo atingente al proceso no se pueda considerar al modo moderno como derecho adjetivo, sino que las acciones constituyen la médula misma del derecho sustantivo. De ahí que, bajo la vigencia del sistema procesal *agere per formulas*, las acciones sean típicas, esto es, que cada relación jurídica disponía de una acción diversa, a la que correspondía también una fórmula distinta.

Numerosos artículos de doctrina destacan que los juristas romanos fueron fundamentalmente prácticos y no se preocuparon de realizar un estudio teórico del derecho subjetivo, el aspecto instrumental del derecho, y su practicidad transformaba al *ius* en un concepto para la persona y no así de la persona, hecho que no cuadra con la noción que hoy tenemos de derecho subjetivo.

D'Ors hizo notar la ambigüedad del término, “que tan pronto se nos muestra en un sentido objetivo, de ordenamiento, como en uno subjetivo, de facultad, sin que podamos afirmar sin embargo que los romanos separan netamente los dos aspectos”.⁶⁴⁶

La importancia del proceso y de la *sententiae* como fruto del mismo resultaba sustancial a la existencia misma del derecho.

Según Villey, negando la existencia de la categoría de derecho subjetivo, “el derecho romano clásico desconoce totalmente, en mi opinión, la idea de derecho subjetivo. Un ciudadano romano no gana su proceso

⁶⁴⁶ D'ORS, A. (1953). “Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de *ius*”. En *Studi in memoria di E. Albertario*. Vol. 2. Milano; Giuffrè, p. 280.

porque tiene derecho, él gana el proceso porque una fórmula determinada se adapta a su situación”.⁶⁴⁷

Es por ello que el término *directum* no fue propio de la tradición jurídica romana, correspondió más bien al lenguaje vulgar tardo-romano, como reflejo de que la conducta justa de una persona se emparentaba como algo recto.⁶⁴⁸

Aristóteles, en su tratado Pol. I 1253a, 1-18, sostiene que “lo propio del hombre en relación con otros animales es diferenciar el bien del mal, lo justo de lo injusto y otras cosas parecidas”.

Esa diferenciación, ante la presencia de un conflicto del *ius*, recae desde antiguo en manos de un tercero, que se considerará dotado de *auctoritas*, para diferenciar a los magistrados que se señalan dotados de *potestas*.

De este modo, el derecho con arreglo al cual el juez ha de resolver la contienda se elabora dentro del proceso, y el decisor lo toma de la fórmula que llega a sus manos.

A su turno, la obligación de dictar sentencia se encontró desde sus orígenes reconocida. El juez podía desconocer la ciencia del derecho, pero debía tener un saber prudencial *ad casum*, y hacerse de las *responsa* que requiriera para dar su *sententiae*.

Respecto a la obligación de juzgar, resulta ilustrativo también lo dispuesto en D. 50, 5, 13 Ulpiano: “1. Hay dos maneras de conceder exención de cargo público, una más plena, cuando se da también de

⁶⁴⁷ Los escritos de Villey sobre este tema, con un estudio de presentación de A. Guzmán, están recogidos –al margen de su publicación original– en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* (Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile, 1976), e incluyen, entre otros, los siguientes artículos: “Los orígenes de la noción de derecho subjetivo”; “*Suum cuique tribuens*”; “Las Instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo”; “Acerca del sentido de la expresión *ius in re* en el Derecho romano clásico”; y “El *ius in re* del Derecho romano clásico al Derecho moderno”.

⁶⁴⁸ D’ORS, A. (1975). *Elementos de derecho privado romano*. Pamplona: Eunsa, p. 28

la milicia, y otra más restringida, cuando alguien ha recibido la nuda exención del cargo; 2. Mas el que no tiene excusa es obligado aún contra su voluntad a juzgar”.

De los conceptos hasta aquí vertidos podemos señalar que el proceso, y su aspecto fundamental, la existencia de la acción como genuina manifestación del *ius*, a partir de la interdicción de la justicia privada, constituye el camino idóneo a la realización de la justicia pacificadora social, por lo que la obligación de emitir sentencia y su fundamentación resultan ineludibles a dicho cometido.

Los estudios realizados por numerosos especialistas sostienen que desde los primeros momentos de la aplicación del derecho romano existían algunas acciones judiciales de determinada naturaleza que incorporaban la motivación.⁶⁴⁹

Como advierte Talamanca, ya en el procedimiento formulario rige este principio aunque no esté abiertamente formulado. Así, cuando las cuestiones eran complejas, el juez, que era lego, era socorrido por los *responsa prudentium* y por los *rescripta* del emperador que le perfeccionaban en estos aspectos. También lo confirma D. 49. 8. 1. 2, cuando señala que, si se juzga contra las sacras constituciones, es decir, contra derecho, se permite la apelación; o en C. 7. 64. 2, cuando se advierte que el juez debe decidir *secundum leges*, lo contrario se corrige con la emisión de una sentencia sin fuerza vinculante. Por todo lo anterior, la coherencia se refiere al contenido fáctico del proceso, sobre el que

⁶⁴⁹ Al respecto existe extensa obra que analiza la motivación de sentencias en el Derecho Romano, entre las que destaco el artículo de los profesores MURILLO VILLAR, A (1995). “La motivación de la sentencia en el proceso civil romano”. En *Cuadernos de Historia del Derecho*, Nº 2, Departamento de Historia del Derecho, Madrid, Facultad Derecho UCM, pp. 11-46; BIONDI, B. (1930). “Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano”. En *Studi in onore di P. Bonfante*. Vol. IV. Milán: Giuffrè, pp. 61 y ss.; CHIOVENDA, G. (1935). “Istituzioni di diritto processuale civile”. En *I concetti fondamentali. La dottrina delle azioni*. Vol. I, 2ª ed., Nápoles, p. 111; entre otros.

recaerá la prueba, y consecuencia de lo probado deberá resultar una decisión congruente.⁶⁵⁰

En D. 10. 3. 18, explica Javoleno que la potestad del juez no puede extenderse más allá de lo que se dedujo en el juicio. Y es un deber tal, que la falta de congruencia se penaliza, así por ejemplo cuando la *condemnatio* de la fórmula es *certa* y el juez decide más o menos de esa cantidad, *litem suam facere* (Gayo 4, 52). De idéntica manera en el caso de una *taxatio*.

Por tanto, no sentenciar conforme al tenor de la fórmula supone que el juez quede obligado a hacer suyo el proceso, y la consecuencia es cometer ese cuasidelito, que en opinión mayoritaria de la doctrina presume que el pronunciamiento es nulo, aunque Gayo en su obra no lo indique explícitamente.

Sostiene Kaser como única obligación para el juez que emana la sentencia es ajustarla en su contenido al programa procesal de la etapa *in iure*.⁶⁵¹

En este contexto del procedimiento formulario, Ulpiano, en D. 42. 1. 55, advierte que si un *iudex* condenó a más o menos, no puede alterar su sentencia. Esto puede interpretarse como que el juzgador puede dar sentencias válidas con contenidos diferentes a la fórmula *ultra petita* o *infra petita* y, sin embargo, ser inamovibles. De ahí que ese efecto de cosa juzgada que adquiere la sentencia deba ser contrarrestado de alguna forma, en este caso la prevista es el cuasidelito, que penaliza al juzgador.

Solo en el caso de tratarse de una *actio bonae fidei*, la *condemnatio* está encomendada al *bonum e aequum*, lo que permite al *iudex* apreciar más libremente el monto de la condena. La caracterización de los mismos ocurre por el agregado en la fórmula de la cláusula “*oportere ex fide bona*”.

⁶⁵⁰ TALAMANCA, M. (1990). *Instituzioni di Diritto romano*. Milano: Giuffrè, p. 354.

⁶⁵¹ KASER, M. (1982). *Derecho romano privado*. 2ª edición. Madrid: Reus, p. 378.

Como puede apreciarse se exige la congruencia, pero no así una fundamentación en la medida que el juez se encuentra atado al programa procesal. Scialoja, aún reconociendo que era una práctica habitual expresar los motivos de la sentencia, rechaza que la misma fuese requerida al juez, y sostiene que no es necesario que el juez dé cuenta de las razones que le impulsan a emitir su sentencia, pues la misma arrastra su ponderación, a la vez que actúa movido por la expresa confianza que las partes depositaron en él y por el programa procesal.⁶⁵²

En el proceso extraordinario, al no existir la fórmula y al asumir el *iudex* en una etapa única la *iurisdictio* y la *iudicatio*, esta coherencia consistirá en que haya armonía entre la pretensión y su contestación y lo concedido o denegado por el juez. Y así, el *iudex* no pueda fallar sobre algo distinto de lo que a ese asunto se refiere porque no resultará válido, como se desprende de C. 7. 48.

En la Constitución, C. 7. 44. 2 (a. 371), se sostiene que la *sententiae* no debe ser súbita y “debe guardar fidelidad con la demanda”, expresión que una vez más se refiere a la congruencia.

En el Código Teodosiano, tal vez acercándose más al deber de fundar, encontramos otro aspecto de la congruencia, el referido al deber de exhaustividad, es decir, a la obligación de responder todas y cada una de las cuestiones litigiosas planteadas (C. Th. 4. 17. 2).

Si bien algunos autores entienden que de ello se desprende un deber genérico de fundamentación, la identidad entre congruencia y razonabilidad en el derecho romano a los efectos de la fundamentación de la *sententiae* se irá ampliando a través de la *cognitio extraordinem*, debido a los justos alcances que deben atribuirse al principio de razonabilidad y su relación con la motivación.

De tal manera, sostiene Murillo Villar, “en el derecho romano, con el

⁶⁵² SCIALOJA, Y. (1936). *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*. Collezione di scritti giuridici, XV, Milano-Roma: Anonima romana editoriale, p. 180

paso de unos sistemas procesales a otros, se va desarrollando una ampliación del contenido de la sentencia. Este contenido le otorga al juez, paulatinamente, un campo de maniobrabilidad más amplio en orden a su decisión final, de donde se infiere la necesidad tendiente a justificar, cada vez más, la solución que dé al litigio.”⁶⁵³

Calamandrei afirma que en el sistema procesal romano la motivación de sentencias no era obligatoria, de lo cual deduce que efectivamente se utilizó para ciertas cuestiones y por algunos jueces.⁶⁵⁴

No obstante, en general, la mayoría de la doctrina afinca la obligación de fundar y razonar las sentencias en el positivismo jurídico y, concretamente, al positivismo normativista.

III. La motivación y la razonabilidad. La importancia de su recepción en la resolución judicial como derecho fundamental

Establecido en el siglo XIX, el deber de motivación de las sentencias se ha impuesto en el derecho procesal actual. De tal manera que uno de los primeros problemas que se presentan es definir a qué llamamos motivación, siendo el signo más importante y típico de la racionalización de la función jurisdiccional.⁶⁵⁵

La congruencia tradicionalmente se une y se estudia junto a la motivación, y esto es así porque ambas se relacionan con la decisión última

⁶⁵³ MURILLO VILLAR, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁵⁴ CALAMANDREI, P. (1961). “La casación civil”, t. I. En *Historia y Legislaciones*, Nº 83, Vol. I, p. 80.

⁶⁵⁵ CALAMANDREI, P. (1954). *Processo e democrazia*. Padova: Cedam, p. 95. Asimismo, afirma que el requisito de la motivación cumple ante todo una función exhortativa o pedagógica.

del proceso, la congruencia con la decisión de acceder o no a la petición y la motivación con su porqué.

En la ciencia del derecho, la idea de razonabilidad aparece conectada con la necesidad de encontrar una razón suficiente que justifique la conducta estatal, y en este sentido sostiene Linares al analizar al debido proceso como garantía innominada en nuestra Constitución Nacional que “esa razón puede ser de esencia, cuando la conducta se funda en una norma jurídica; de existencia, cuando el fundamento es el mero hecho de que el comportamiento se da y de verdad, cuando tiene fundamento de justicia”.⁶⁵⁶

Pero en sentido estricto por razonabilidad solo se entiende una valoración de justicia, que es —a su criterio— el alcance con que se maneja el vocablo por nuestra Corte Suprema y que se asienta en dos principios fundamentales: el lógico de identidad y el de igualdad.

Y por tanto, son instrumentales a este principio el deber de congruencia y la garantía de interdicción de la discriminación. Dado que el núcleo de la razonabilidad se vincula a la justicia y a la circunstancia de que ésta ha sido concebida desde la filosofía clásica (Aristóteles y Santo Tomás) hasta en el moderno iusnaturalismo como una relación de igualdad, no es de extrañar que la jurisprudencia (particularmente la norteamericana y la de nuestra Corte Suprema hasta época reciente) haya asimilado ambas nociones (igualdad y razonabilidad). O mejor dicho, razonabilidad e interdicción de discriminación negativa.

Las pautas y contenido en la motivación de las decisiones jurídicas que han surgido a partir de la recepción de los derechos de rango fundamental como mandatos de optimización en la gestión estatal, que se recepan en el Código Civil y Comercial, en su art. 3º, en orden a la “razonabilidad”, sumadas a la mayor demanda política y social de legitimación hacia los jueces por parte de la ciudadanía e instituciones,

⁶⁵⁶ LINARES, J. (1970). *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*. 2ª ed. actualizada. Buenos Aires: Astrea, p. 108.

se presentan como evidentes frenos respecto de anomalías, carencias o defectos de todo pronunciamiento judicial.

Se considera que las decisiones judiciales cumplen diversas funciones, entre ellas, “tratar a un ser racional racionalmente, explicándoles por medio de razones por qué se ha llegado a una decisión que afecta negativamente sus intereses”.⁶⁵⁷

En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial se expuso por parte de la Comisión reformadora, en relación a la citada norma (art. 3°), que el deber de resolver los casos mediante una “decisión razonablemente fundada” responde a la necesidad de “seguir un proceso argumentativo susceptible de control judicial” para no incurrir en la tacha de arbitrariedad de sentencias.⁶⁵⁸

Respecto al carácter de “fundada”, esta exigencia solo alude a una cuestión formal, a un requisito establecido en casi todos los ordenamientos procesales (así, por ejemplo, el art. 34, inc. 4, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Lo cierto es que se trata de un principio básico, con consecuencias significativas en orden a la democracia constitucional y el Estado de derecho.

Así, se distinguen dos funciones del deber de motivar las resoluciones judiciales: 1) facilita un adecuado ejercicio del derecho de defensa de quienes tienen la condición de partes en el proceso, a la vez que constituye un control riguroso de las instancias judiciales superiores cuando se emplean los recursos pertinentes, y 2) la de ser un factor de racionalidad en el desempeño de las funciones jurisdiccionales, pues garantiza que la solución brindada a la controversia sea consecuencia de una aplicación racional del ordenamiento, y no el fruto de la arbitrariedad o capricho en el ejercicio de la administración de justicia.

⁶⁵⁷ ALEXY, R. (2007). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, p. 299.

⁶⁵⁸ LORENZETTI, R. (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. T. I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, p. 39.

En este sentido, lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa obrar conforme a la razón; ser justo, moderado, prudente: todo aquello que puede ser resumido en arreglo a lo que dicte el sentido común, y no así desprovisto de todo apoyo legal y fundado tan solo en la voluntad de los jueces.⁶⁵⁹

Lo dicho no lleva a negar la existencia de cierto margen de apreciación, en base a las reglas de la sana crítica, y aún con un criterio de razonabilidad amplia, al sostener la adecuación a la realización de los derechos fundamentales, la proporcionalidad entre fines y medios y el análisis de alternativas de justicia que desplazan el rigor de la congruencia, por la vía de la interpretación en los denominados procesos estructurales al juzgar políticas públicas. Algunos autores sostienen que en los procesos colectivos la idea de motivación viene a estar calificada pues es allí en dónde se produce la mayor flexibilización del principio de congruencia.

⁶⁵⁹ El *leading case* de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia fue el famoso caso “Rey, Celestino M. c. Rocha, Alfredo y otro”, sent. del 2- XII-1909 (Fallos, 112: 384) y su consolidación se dio en “Storani de Boidanich” (Fallos, 184: 137, sent. del 26-VI-1939). Cfr. CARRIÓ, G. y CARRIÓ, A. (1983). *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Como observan estos autores, esa doctrina fue expuesta como un *obiter dicta* de un recurso que no prosperó; después de muchos años el *dictum* de “Rey vs. Rocha” pasó a ser *holding* (Fallos 131: 387; 150: 84; 174: 252; 178: 355; 181: 418). Más allá de ello, en ese precedente la Corte sostuvo que el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de una sentencia fundada en ley (art. 17), da lugar a recurso ante el Tribunal en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal y fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes a juicio de los litigantes (pp. 27-28 y 34-40). 513 LINARES QUINTANA, S. (1987). *Reglas para la interpretación constitucional según la doctrina y la jurisprudencia*, Buenos Aires: Plus Ultra, p. 122, § 13; CAYUSO, S. (2013). “El principio de razonabilidad” En MANILI, P. (dir.). *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes. Derecho Constitucional*, Buenos Aires: La Ley. T. I, pp. 1036-1037.

Al respecto, la Corte Suprema de la Nación ha resuelto que omitir desarrollar una argumentación que posibilite su refutación jurídica descalifica la decisión como acto judicial, ya que tal práctica impide desentrañar el proceso lógico empleado en ella.⁶⁶⁰

En ese plano, Cassagne sostiene que se han propuesto distintos requisitos, los cuales coexisten y se interrelacionan sin que hayan tenido recepción en el derecho positivo, permaneciendo muchos de ellos en el subconsciente de las argumentaciones de los jueces. Así, han aparecido desde una descripción simplificada de tipos de justificación racional (conmutativa o lingüística, jurídica formal o sistemática, pragmática y ética) hasta otra más completa, formulada por Vigo, sobre la racionalidad (orgánica, procedimental, sistémica, lógica-lingüística, teleológica, científica, sociológica, axiológica, fáctica, intencional). Dichas variables deben pasar por el filtro de “un juicio prudencial o persuasivo o de un juicio ponderativo” pues a la hora de tener que zanjar cualquier conflicto interpretativo o aplicativo del derecho se impone la técnica de la ponderación, que conduce a valorar el peso de los argumentos.⁶⁶¹

El concepto de “arbitrariedad”, tal como se define, en una de sus acepciones, en el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* de la RAE, corresponde al “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o capricho”.

Es por ello que la discrecionalidad en la apreciación judicial y las herramientas de interpretación no pueden nunca llevar a la arbitrariedad al modo de la “ley del encaje”, cuyo significado figura en antiguos diccionarios franceses, que la definen como “la resolución que el juez toma por lo que a él se le ha encajado en la cabeza”. Así nos lo recuerda Cervantes en su *Quijote* a través de las recomendaciones que se le

⁶⁶⁰ CSJN, Fallos 324:1365, “Nicolai, Jorge Alberto y Díaz, Juan Eduardo s/ encubrimiento” (sent. 24-IV-2001), en *La Ley*, diario del 14- XI-2001, Nº 103.048 (suplemento).

⁶⁶¹ CASSAGNE, J. “El principio de razonabilidad y la interdicción de arbitrariedad” En *La Ley*, Año LXXXIV, Nº 180, Buenos Aires, publicado el 25 de septiembre del 2020.

dan a Sancho respecto a su deber de juzgar como gobernador: “Nunca te guíes por la ley del encaje, que suele tener mucha cabida con los ignorantes que presumen de agudos. Hallen en ti más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia, que las informaciones del rico. Procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico, como por entre los sollozos e importunidades del pobre”.⁶⁶²

Estas ideas y el concepto de autoridad como expresión de voluntarismo aislado de la ley resultan repugnantes a un Estado de derecho.

De ahí que la “razonabilidad” es un principio constitucional⁶⁶³ y su tutela tiende a hacer efectiva y eficaz el derecho del debido proceso sustantivo. Constituye un principio y como tal se caracteriza como un mandato de optimización, cuyo objetivo es garantizar que el contenido de las normas, de los actos y la aplicación de las mismas guarden una adecuada coherencia con el texto, principio y valores de la norma base y la realidad de los hechos.

La mayoría de las cartas constitucionales de los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos carecen de previsiones expresas en materia de motivación de sentencias. Sin embargo, en todas ellas es posible encontrar reglas a partir de las cuales puede construirse el deber de motivación. Dicho deber sin dudas arraiga en normas vinculadas al debido proceso, la razonabilidad y la forma de gobierno republicana y democrática, sin perjuicio del principio de legalidad y de reserva.

⁶⁶² En España, la referencia más antigua –que sepamos– se remonta al Quijote de Cervantes. Al respecto, en la edición que conmemoró el IV Centenario de Don Quijote de la Mancha de la Real Academia Española (Madrid, 2004) se alude dos veces a la expresión “ley del encaje” (Primera Parte, cap. XI, y Segunda Parte, cap. XLII) como equivalente a la sentencia arbitraria (p. 98, nota 17) o al hecho de juzgar con arbitrariedad (p. 869, nota 29). A su vez, en el *Diccionario de la Lengua Española*, la ley del encaje se describe como una forma coloquial apareciendo referida al “dictamen o juicio que discrecionalmente forma el juez, sin atender a lo que las leyes disponen”.

⁶⁶³ CAYUSO, *op. cit.*, p. 1038.

Corresponde destacar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos sí la contempla cuando se trata de las decisiones de la propia CIDH. Así, el artículo 66, inciso 1, prevé que “el fallo de la Corte será motivado”. En nuestro país tiene rango constitucional a partir de la reforma de 1994, con su recepción en el artículo 75, inciso 22.

La exigencia de adoptar una decisión razonablemente fundada constituye, al mismo tiempo, un deber para el juez, un derecho para las partes y una garantía del y para el sistema republicano y democrático de gobierno, y en el plano de la tipología de derechos se erige como de rango fundamental.

Es por ello que puede sostenerse que el juez hoy no recita la ley sino que dialoga con las fuentes y la realidad de los hechos.⁶⁶⁴

III. Conclusiones

Si se sostiene que la fundamentación razonada hace a la realización de derechos en un diálogo de fuentes, el ideal de fundamentación, desde la congruencia que tiene neto rango romanístico hacia una motivación razonada, no hace más que reafirmar que en aquellos derechos de notable trascendencia y en donde el ciudadano puede alcanzar el ideal de participación, tal como en Roma, resulta el proceso el ámbito propio para su correcta definición en cuanto a sus alcances.

Hoy se habla de derecho alternativo o de activismo judicial. El derecho alternativo en sentido estricto, también denominado derecho insurgente, refleja el fenómeno del pluralismo jurídico.

⁶⁶⁴ Cayuso marca que “el control de razonabilidad en clave constitucional descarta la posibilidad de establecer una regla a priori, siempre se requiere su análisis en el caso concreto, lo que permite comprobar el grado de intensidad del control de acuerdo con el conflicto a resolver y a los principios involucrados” (CAYUSO, *op. cit.*, p. 1065).

En esos términos, el derecho ya no puede verse como una realidad dada, como el mero producto de una autoridad, sino como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación, en pos de la realización del valor justicia que revitaliza el rol del proceso en el marco de la realización de los derechos fundamentales.

***Nasciturus*: persona por nacer. En el derecho romano, en el antiguo y actual Código Civil y Comercial y la nueva ley de interrupción del embarazo**

Por Noelia Morchio⁶⁶⁵ y Giselle Trupia Verón⁶⁶⁶

Palabras clave: *nasciturus*; derecho romano; Código Civil de Vélez Sarsfield; Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; Ley 27.610

I. Introducción

El comienzo de la existencia de una persona como sujeto de derecho ha sido un punto controvertido. Así las cosas, en el estudio del

⁶⁶⁵ Abogada (UBA) con orientación en Derecho Privado. 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.

⁶⁶⁶ Abogada (UBA) con orientación de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario y en Derecho

derecho romano encontramos dos concepciones opuestas. Se disputa así si el comienzo de la persona se da desde la concepción o si desde el nacimiento. El objetivo de este trabajo es poder conocer acerca del concepto del *nasciturus* (“persona por nacer”) en el derecho romano y en nuestro derecho actual. Se intenta descubrir cómo fue modificándose su concepción a partir del surgimiento de diferentes situaciones que llevó a los doctrinarios a realizar una nueva interpretación, una nueva conceptualización.

II. El *nasciturus* en el derecho romano

En primer lugar, para poder dar inicio con el tema elegido que es el *nasciturus*, es necesario dejar en claro algunos términos utilizados que son muy diferentes a nuestra realidad.

Hoy, cuando hacemos referencia a la palabra persona estamos hablando del “sujeto de derecho”, ya sea una persona física o jurídica. Es todo aquel que puede ser titular de derechos y obligaciones, muy diferente al concepto de persona que tenían los romanos.

Ellos si bien hablaban de *homo* o de hombre, se referían a una identidad psicofísica, es decir, si tenía determinadas características físicas y psíquicas era considerado hombre. Pero no todos los hombres en Roma eran considerados personas bajo el término que nosotros usamos. Se

Privado. Jefa de Trabajos Prácticos de la asignatura Derecho Romano en UFLO Universidad, Sede 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. Ayudante de Segunda en la materia Práctica Profesional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la comisión de la Dra. Ana Corina Bermúdez.

debe realizar una salvación, pues los esclavos no eran considerados personas como un ser titular de derecho, sino más bien como una cosa.

En Roma interpretaban la palabra persona de otra forma:

La palabra persona se utilizaba originariamente para identificar las máscaras que se utilizaban en las representaciones teatrales griegas y que tenían una forma y dibujos especiales con dos fines: a) para que los espectadores identificaran claramente al personaje de la obra y b) para que la voz se escuchará mejor. De esta forma, cuando el actor hacía algo no era el actor el que cometía el delito sino el personaje de la obra, es decir, “la persona”.⁶⁶⁷

Ahora, para que un sujeto sea considerado un sujeto de derecho y validar su plena capacidad jurídica, se verificaba el status, en el rol o posición que desempeñaban en relación a la libertad, en la relación a la ciudadanía y de su relación con el grupo familiar.

El eje sobre el que vamos a trabajar es aclarar cuándo comienza la existencia de la persona.

III. *Nasciturus*, ¿persona con derechos?

La confusión respecto de qué era lo que disponía sobre esto el derecho romano proviene del hecho de que hay dos disposiciones contrapuestas en el Digesto. Una dice que el concebido que está por nacer (la denominación del concebido aún no nacido en lengua latina es “*nasciturus*”) es solo una parte de la mujer o de sus vísceras, mientras que otra afirma que al que está en el vientre materno “se lo tiene por ya nacido en casi todo el derecho romano” en lo que hace a sus derechos.

⁶⁶⁷ RINALDI, N. y ÁLVAREZ, M. (2007). *Lecciones ampliadas de Derecho Romano*. Buenos Aires: Edictum, p, 209.

(...) Los estudios más modernos dan mayor valor a esta última posición fundándose en una serie de disposiciones que se referían al *nasciturus* como si ya fuera persona (se le otorgaba un curador mientras permaneciera en el vientre de la madre si el padre moría antes de su nacimiento, si la madre era condenada a muerte no se cumplía la pena hasta que no hubiera nacido, como tampoco se la torturaba si estaba embarazada).⁶⁶⁸

La postura anterior descrita se oponía a lo especificado en el Digesto de que el *nasciturus* era parte de las vísceras de la madre, y hasta que no naciera no se lo consideraba una persona. De hecho existían varios requisitos para que se considere que el concebido había nacido con vida: “a) que estuviere físicamente separado de su madre, b) que tuviera signos vitales y c) que tuviera forma humana”.⁶⁶⁹

Como se ha expuesto, estas dos posiciones llevan a un gran análisis dado que ante el planteo de diferentes situaciones el concepto original no se mantuvo. Fue un punto de preocupación de los juristas en la búsqueda de la protección de la vida, derechos y bienes frente a dos posturas doctrinarias excluyentes.

IV. *Nasciturus* parte de las vísceras de la madre

En primer lugar, la teoría que sostiene que en el derecho romano la persona física comienza con el nacimiento, porque se considera que el *nasciturus* no es sino parte de la madre, una porción de la mujer o de sus vísceras. O sea que no se lo consideraba persona sino parte del cuerpo de la madre.

El jurista Ulpiano expresa que “resulta muy claramente de este rescripto

⁶⁶⁸ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 210.

⁶⁶⁹ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 211.

que no tenían lugar los senadoconsultos sobre reconocimiento de hijos al disimular o negar la mujer su embarazo, y no sin razón, pues el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer. Claro que, una vez que ha nacido de su madre, puede ya el marido pedir de propio derecho, mediante un interdicto, que le sea exhibido el hijo o que permita llevarse”.⁶⁷⁰

Hay que destacar que estas interpretaciones acerca del *nasciturus* no hacen un análisis propiamente dicho del concebido como persona, sino que hacen referencia a él en un pasaje del Digesto donde se discute sobre la pretensión del padre. Solo se podrá exhibir cuando nazca, mientras tanto la realidad es que era parte de la madre.

Savigny también afirmó que la personalidad comienza en el nacimiento, “la realidad de las cosas en un estado presente (...) la Ficción de reputarlo o asimilarlo al nacido no tiene más objetivo que ocuparse de la vida futura del infante, bajo un doble aspecto, protegerlo por medio de la sanción de leyes y marcar los derechos posibles que vienen unidos al nacimiento”.⁶⁷¹ Lo que se plantea es hablar de una persona que aún no existe y que se protegerían derechos a futuro, derechos que se consolidan solo en caso de nacer con vida.

V. Protección de los derechos del concebido

Ante esta postura tradicional que considera que el *nasciturus* será una persona en el futuro y mientras esté en el seno materno es parte del cuerpo de la madre, desde el derecho romano se le va a buscar cierta protección, y para ello creó la ficción por la cual el hijo concebido era considerado como si ya hubiera nacido, siempre que se tratara de

⁶⁷⁰ D. 25. 4. 1.

⁶⁷¹ SAVIGNY, F. von (1878). *Sistema del Derecho Romano Actual*, Madrid: F. Góngora, p. 278-281.

hacerle adquirir un derecho, pero sujeto a la condición de que se produjera su nacimiento con vida.

Es así que surge la teoría moderna “*nasciturus pro iam nato habetur*”, que reconoce el comienzo de la personalidad desde el momento de la concepción en el seno materno bajo la condición de que nazca con vida. “El que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviera entre las personas humanas, siempre que se trata de conveniencias de su propio parto, o sea, cuando se trata de su ventaja, pues antes de nacer no se puede favorecer a terceros”.⁶⁷²

Salvat en su tratado de derecho civil plantea que

la existencia de las personas en el derecho romano principiaba con el nacimiento; antes de nacer, el ser humano no era considerado como una persona sino simplemente como una entraña de la madre, pero por una ficción, el hijo concebido era considerado como si ya hubiera nacido, siempre que se tratara de hacerle adquirir un derecho. Los derechos eran adquiridos solo en caso de producirse el nacimiento con vida y en condiciones regulares (ya comentadas) esta condición, por consiguiente, funcionaba como condición suspensiva.⁶⁷³

Di Pietro afirma que “esto no es una ficción, sino que expresa una realidad: que el *nasciturus* realmente existe y como tal goza de los beneficios que pueda recibir”.⁶⁷⁴

Catalano postula la creencia de una “parida ontológica” entre concebido y nacido y afirma que el principio general, el cual se fue formando sobre la base de la Ley de las XII Tablas, no resulta consecuencia de una ficción, sino una construcción imperativa.⁶⁷⁵

⁶⁷² PAULO D. 1. 5. 7.

⁶⁷³ SALVAT, R. (1946). *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: La Ley, p. 208 y ss.

⁶⁷⁴ DI PIETRO, A. (2001). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 80.

⁶⁷⁵ CATALANO, P. (1995). “Observaciones sobre la persona del concebido a la luz del derecho romano (De Juliano a Teixeira de Feritas)”. En *La persona en el sistema jurídico latinoamericano*.

Es así que en el texto “La personalidad del que está por nacer”, de Norberto Rinaldi, se afirma que la doctrina acepta pacíficamente que el status del *naciturus* se determina en el momento de la concepción.

Así vemos en las *Institutas* de Gayo que “el estado de los hijos concebidos legítimamente se determina en el tiempo de la concepción” y en “como en muchos otros casos a los hijos póstumos se los considera como ya nacidos, está admitido que a dichos póstumos se les pueda dar tutores por testamento lo mismo que a los ya nacidos (...) Podemos también instituirlos herederos”.⁶⁷⁶

Por su parte, Ulpiano afirma que la mujer libre estando embarazada fue condenada a la última pena, paria un libre, y que se acostumbraba a conservarla hasta que diese a luz el parto. También esta madre embarazada no era torturada con el fin de proteger al concebido, una vez que hubiese parido podía ser torturada.⁶⁷⁷

Y también sostiene que si alguno hubiese sido concebido antes de que su padre sea removido del Senado pero hubiera nacido después de perdida esta dignidad de su padre, hay más razón para que sea reputado como hijo de senador, pues se debía atender al tiempo de la concepción. Es por ello que no solo se protege al concebido de los avatares que puede sufrir la madre que lo lleva en su vientre, sino también de los del padre.⁶⁷⁸

Naciturus era considerado persona en tanto sujeto de derecho, brindándose amparo no solo en sus intereses económicos, sino para proteger su propia vida hasta el momento de su nacimiento, a partir del actual adquiriría los derechos que le habían sido protegidos.

Contribuciones para la redacción de un código civil tipo en materia de personas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

⁶⁷⁶ I. 1. 89, I 1. 147; RINALDI, N. (1992). “La personalidad del que esta por nacer (Raíces romanísticas del art. 70 del Código Civil)”. En *Revista El Derecho. Jurisprudencia general*, N° 149.

⁶⁷⁷ RINALDI, “La personalidad...”, op. cit.

⁶⁷⁸ *Ibidem*.

Otra de las protecciones que recibe es la sanción por el homicidio por envenenamiento, es decir, el aborto. La cesación de la vida del embrión o concebido en cualquier etapa del embarazo se condenaba. Si el envenenamiento causaba la muerte del *nasciturus*, la pena que se imponía para este delito era la confiscación y el destierro. Este es otro ejemplo donde se considera al concebido como una persona diferente a su madre, porque si fuera parte de ella, parte de sus entrañas, no se consideraría que hubo un homicidio y no sería condenada.

La protección al nonato también se verificaba en el caso de la mujer que hubiese muerto en estado de gestación, en cuyo caso se prohibía su entierro sin antes haberle extraído el feto (D. 11. 8. 2.)⁶⁷⁹ y el que hiciera lo contrario era considerado que mataba la esperanza de vida (Gayo I, 147).⁶⁸⁰

Otra de las protecciones se manifestaba por medio de un representante legal con la designación del curador *ventris nomine*. Los romanos se preocuparon por los póstumos concebidos pero no nacidos al fallecer el *pater*, entonces se nombraba para estos casos un curador *ventris nomine*, quien se encargaba de proteger al *nasciturus*, defender sus intereses y administrar sus bienes hasta el nacimiento. La mujer debía tener todo lo necesario para la manutención y resguardo del *nasciturus* hasta su nacimiento, y para ello era la función del curador que le debía proporcionar a la viuda embarazada “alimento, vestido y habitación con arreglo a los bienes del difunto y a la dignidad de éste y de la mujer” (D37.9.1.19).⁶⁸¹

En materia sucesoria, también recibirá la protección correspondiente. Al *nasciturus* se le consideraba con capacidad de derecho, o sea, de goce y no de ejercicio, en especial para acreditar derechos hereditarios o de sucesión y donación a futuro. El derecho romano contempló la

⁶⁷⁹ D. 11. 8. 2.

⁶⁸⁰ G. I 1.1. 47.

⁶⁸¹ D. 37. 9. 1. 19.

situación de los concebidos antes del nacimiento a los efectos de reconocerles derechos hereditarios en la sucesión del *pater familias* en el caso de los póstumos, es decir, aquellos hijos que, concebidos, nacen después de la muerte de su padre. Con Justiniano este derecho se hace extensivo no solo a los hijos concebidos dentro del legítimo matrimonio, sino también a los concebidos fuera del mismo.

Gayo afirma que “como en muchos otros casos a los hijos póstumos se los considera como ya nacidos, está admitido que a dichos póstumos se le pueda dar tutores por testamento lo mismo que a los ya nacidos. Podemos instituirlos herederos”.

En Roma, esta figura del póstumo cobró vital importancia por la necesidad imperante en aquellos tiempos de tener un descendiente varón, ya que esto permitía asegurar, entre otras cosas, el medio para no privar a esa familia de su culto, la descendencia. Por lo tanto, si el sujeto fallecía sin dejar descendencia, esta circunstancia provocaba el rechazo y era tenida como una desgracia. (Recordemos que las mujeres en su momento podían pedir el divorcio por la infertilidad del hombre, ya que el fin del matrimonio era la concepción, la descendencia.) Es por todo lo expuesto que si su mujer estaba embarazada, resultaba necesario brindar protección al póstumo considerándolo sujeto de derecho y persona actual.

La teoría de una ficción se debilita y se lo ve como una actualidad. Podemos confirmar que el derecho romano consideraba al *nasciturus*, el concebido, el no nacido, como parte de la madre pero sin embargo le otorgaba protección como una persona nacida y le otorgaba un sinfín de derechos sucesorios, económicos y hereditarios, tomándolo como un ser separado de la madre.

VI. La persona por nacer en el Código Civil de Vélez Sarsfield

El artículo 70 dice: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes de estar separados de su madre”.⁶⁸²

Aquí Vélez plantea el exacto momento en el que comienza la existencia de las personas, sin embargo, dedica varios artículos del Código para darle un orden al concepto de persona.

En el Código, la persona por nacer se encuentra legislada en los artículos 63 a 78 y especialmente en la nota del artículo 63: “Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar: pero si los que aún no han nacido no son personas ¿por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado? ¿Por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada? En el derecho romano había acciones sobre este punto (...)”. Una vez más, en nuestro derecho vemos el derecho romano latente, su influencia.

Tal como lo plantea el Dr. Rinaldi en su artículo, podemos encontrar las siguientes semejanzas entre el sistema de nuestro Código Civil de Vélez y lo dispuesto por el derecho romano: 1) el reconocimiento de la capacidad del hijo concebido no nacido, es solamente al efecto de hacerle adquirir derechos y 2) los derechos no se adquieren sino a condición de que el hijo nazca vivo. Pero encontramos las siguientes diferencias: para nuestro Código, el ser humano concebido en el seno materno es una persona real, ya existente, y a ese título se le reconoce capaz de adquirir derechos. En el sistema romano, por el contrario, al

⁶⁸² Código Civil, Art. 70.

ser concebido pero aún no nacido, no es una persona, y si se le reconoce capaz de adquirir derechos es solamente en virtud de la ficción que lo equipara al ser humano ya nacido. Como consecuencia, si para nuestro Código esta condición funciona como resolutoria, en el derecho romano funciona como suspensiva.

En el Código de Vélez se busca también la representación de la persona por nacer con respecto a derechos de herencia o donación. Se busca su protección con la prohibición del aborto voluntario, considerado un delito salvo en enumeradas excepciones. En sí hay muchos puntos en común en la búsqueda de la protección del no nacido.

VII. La persona por nacer en el Código Civil y Comercial de la Nación⁶⁸³

Artículo 19: Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.

Artículo 21: Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida.

Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume.

Nuestro Código reconoce a partir del artículo 19 al ser humano en su etapa anterior al nacimiento como “persona por nacer”.

Cuando se debatió sobre este artículo se trabajó mucho si incluir en el seno materno, tal como estaba en el código de Vélez, todo ello teniendo en consideración los avances científicos y la existencia de los embriones aún no implantados en la mujer.

Finalmente, solo se consideró desde la concepción, dejando de lado

⁶⁸³ Código Civil y Comercial de la Nación, Arts. 19, 21, 22, 23 y 24.

en el seno materno, dándole así entidad de persona al sinnúmero de embriones fecundados que aún no han sido implantados. Así las cosas, en el año 1993 el Dr. Rabinovich Berckman inició una medida cautelar que terminó nombrándolo tutor de los embriones que no habían sido implantados ni eran reclamados por sus padres, situación que luego cesó por su renuncia a dicha tutoría. Pero el fin que nos interesa es que se considera que la persona existe desde el momento de la concepción. Cuando llegamos al artículo 21, podemos ver que los derechos adquiridos son irrevocables a partir del nacimiento con vida, y si naciera sin vida se considera que esa persona nunca existió.

Este nuevo Código trajo muchos cambios, dando fin a los artículos 64 y 69 referidos a los representantes de las personas por nacer, reemplazándolos por los artículos 22 y 23, pero siempre velando por los derechos de la persona por nacer.

Artículo 22: Capacidad de derecho: Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados.

Artículo 23: Capacidad de ejercicio: Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este código y en una sentencia judicial.

Con respecto a la capacidad, el artículo 24 afirma que “son incapaces de ejercicio: s) las personas por nacer...”, mientras que el artículo 101 señala quiénes son esos representantes de las personas por nacer (sus padres). Lo cual lo podemos asimilar a la figura del *curator ventris nomine* del derecho romano, los padres velan por los derechos del no nacido. También se le busca dar protección al hijo por nacer en cuanto a su filiación en el artículo 574 y a sus derechos sucesorios en el artículo 2279.

Hasta aquí la modificación del Código trabajó sobre el concepto de persona. La considera persona desde su concepción, se ocupó de sus derechos, de la protección de sus derechos hereditarios, sucesorios y de filiación. Se buscó la forma de encontrar quién lo represente y vele

por sus derechos. Pero, ¿qué sucede con la nueva ley de interrupción voluntaria del embarazo (IVE)?

Esta nueva ley, que lleva el N° 27610 y que fue sancionada el 30 de diciembre de 2020 y promulgada el 14 de enero de 2021, es contraria a lo que establece el derecho romano, donde se penaba el aborto voluntario por la mujer. La ley consta de 22 artículos y entró en vigor el pasado 24 de enero de 2021, y establece en su artículo 2 que las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a:

- a) Decidir la interrupción del embarazo de conformidad con lo establecido en la ley.
- b) Requerir u acceder a la atención de la interrupción del embarazo en los servicios del sistema de salud, de conformidad con lo establecido en la ley.
- c) Requerir y recibir atención postaborto en los servicios del sistema de salud, sin perjuicio de que la decisión de abortar hubiera sido contraria a los casos legalmente habilitados de conformidad con la ley.
- d) Prevenir los embarazos no intencionales mediante el acceso a información, educación sexual integral y a métodos anticonceptivos eficaces.

Esta nueva ley garantiza el acceso a decidir y acceder a la interrupción voluntaria del embarazo hasta la semana 14 inclusive de gestación. Solo se permitiría el acceso a la interrupción después de la semana 15 en caso de que el embarazo sea resultado de una violación, o si estuviera en peligro la vida o la salud de la persona gestante.

De este modo, se les brinda a las personas con capacidad reproductiva la posibilidad de decidir sobre su embarazo, sin considerar al concebido como una persona por nacer, con autonomía y derechos. Sin lugar a decisión ni opinión del otro progenitor.

En este punto, sin ser considerado en la Ley 27.610, atento a que solo se escucha y considera la decisión de la gestante, es ella quien toma a conciencia la decisión.

Tal es así que en abril de este año, en la provincia de San Juan, un

padre inició una medida cautelar con el fin de impedir que su ex pareja interrumpiera su embarazo.⁶⁸⁴ Su pedido era que ella continuara con el embarazo y él hacerse cargo del niño. En primera instancia no se dio lugar al pedido atento a la ley vigente, pero la misma fue apelada, y en la Cámara se resolvió ordenar, como medida cautelar de no innovar, a que la madre se abstenga de realizar cualquier práctica que tienda a interrumpir el embarazo hasta tanto la cuestión de fondo se resuelva.

Este fallo marcó el primer precedente ante la nueva realidad que vive la sociedad argentina, donde se le dio lugar a una voz que no fue considerada en la redacción de la ley.

Es claro y evidente que los lineamientos del derecho romano no están vigentes en esta nueva normativa, o si, considerando al concebido, como parte de la mujer y no como una persona autónoma. Solo se vela por los intereses y decisión del progenitor gestante.

La interrupción del embarazo no solo deja de lado los derechos de la persona por nacer, sino que pone como mayor valor (hasta las 14 semanas de gestación) el eje en la persona ya nacida que además resulta ser gestante y en sus decisiones. Es una ley muy polémica, que nos invita a pensar de modo integral en una sociedad donde muchas veces se avanza y otras se retrocede en materia de normativa jurídica.

VIII. Conclusión

A lo largo del presente trabajo hemos analizado, siempre desde el derecho romano, las diversas concepciones y caracterizaciones que tuvo el concepto de persona, partiendo de la base de que se le reconocía existencia desde la concepción, porque claramente era impensada para la época la posibilidad de que hubiese fecundación fuera del seno materno.

⁶⁸⁴ Fallo S.F.A. C/T.B.M. S/Cautelar.

Es por ello que, siguiendo el mismo razonamiento, el Código de Vélez replicó la misma idea, siendo el Código Civil y Comercial de La Nación el que, teniendo en cuenta los avances científicos, dejó de lado la condición “seno materno” para solo hablar de concepción.

Así las cosas, y con la sanción de la ley de interrupción voluntaria del embarazo, no hubo un cambio de paradigma. La concepción sigue marcando el inicio de la existencia de la persona, y eso que es el objeto de estudio del presente trabajo no se modificó. Sin embargo, lo que sí ocurrió fue un cambio en lo que socialmente es el bien jurídico a privilegiar. Hoy nuestro ordenamiento jurídico pone a los derechos de la mujer o cualquier persona gestante por encima de los que tiene el embrión hasta las 14 semanas. Se trata de una ley reciente, que toca un punto controvertido para la sociedad, pero que no busca analizar cuestiones morales o de conciencia, sino que trata de regular cuestiones de salud pública.

Bibliografía

- ALLENDE, G. (2003). *La causa curiana*. Trabajo de investigación para la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.
- CATALANO, P. (1995). “Observaciones sobre la persona del concebido a la luz del derecho romano (De Juliano a Teixeira de Feritas)”. En *La persona en el sistema jurídico latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un código civil tipo en materia de personas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- COSTA, J. C. (2011). “La protección a concebido en el Código Procesal Penal de la Nación y el Derecho Romano”. En *Revista Signos Universitarios*, Vol. 30, N° 46.

- COSTA, J. C. (2016). “La persona por nacer en Roma, El tema en la actualidad”. En *Revista Científica Semestral In Iure*, Año 4, Vol 2.
- LAMM, E. (2015). “El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial”. En LORENZETTI, R. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo XII, A. Buenos Aires: Rubilzal-Culzoni.
- RINALDI, N. (1992). “La personalidad del que esta por nacer (Raíces romanísticas del art. 70 del Código Civil)”. En *Revista El Derecho. Jurisprudencia general*, N° 149.
- RINALDI, N. “La posesión. Contribuciones argentinas a una centenaria cuestión”. Recuperado de www.scribd.com.
- Fallo S. F. A. C/T. B. M. S/Cautelar.
- Ley 27.610.

La prescripción ayer y hoy

Por Gabriela Victoria Morel⁶⁸⁵

I. El paso del tiempo

La prescripción se presenta como un medio para lograr la seguridad jurídica que no pudo ser encontrada por otros medios, resultando el paso del tiempo uno de los elementos esenciales para su configuración. Existen dos tipos de prescripción: la liberatoria, que como su nombre lo indica libera al deudor de toda obligación que pueda ser exigible judicialmente, y la adquisitiva, que permite la adquisición de, entre otros derechos reales, el de propiedad o dominio.

⁶⁸⁵ Abogada. Especialista y Maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Profesora adjunta en la materia Derecho Romano, cátedra Mirta Álvarez, y Jefa de Trabajos Prácticos en la materia Elementos de Derecho Administrativo, cátedra Carlos Balbín, en la Facultad de Derecho (UBA). Investigadora externa en el proyecto “Una mirada romanista a los libros quinto y sexto del Código Civil y Comercial de la Nación”, dirigido por la Dra. Mirta Álvarez, con sede en la Facultad de Derecho de UFLO Universidad. Secretaria del Juzgado CAyT RyC, Nro. 23 de la CABA.

Deteniéndonos en este segundo tipo de prescripción, podemos pensar este instituto como una limitación al derecho de propiedad frente al desinterés o abandono del propietario original. Nuestro Código Civil y Comercial ha recogido este instituto como así también ha ocurrido con el Código Civil de Vélez.

En el presente trabajo nos proponemos analizar la raíz romanista de este instituto jurídico receptado en nuestro derecho argentino y como a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos se complementa y erige como una herramienta más para la aplicación e interpretación de los principios y derechos fundamentales.

II. Raíz romanista de la usucapión

A fin de hallar la raíz romanista de este instituto, es preciso remontarse a la primera etapa histórica del derecho, esto es, el derecho arcaico.⁶⁸⁶

En esta primera etapa, la usucapión no se presentaba como un modo de adquisición sino de perfeccionamiento en la transmisión del dominio. Ello surge de lo relatado por Gayo en *Institutas* 2, 41, donde nos indica que si el dominio de una *res Mancipi* no fue transmitido mediante el rito de la *Mancipatio* o *in iure cessio*, la usucapión permitía que la persona –ciudadano romano o quien cuente con el *ius commercium*– adquiera la propiedad quiritaria –*ex iure Quiritum*–, transcurridos los plazos estipulados en la Ley de las XII Tablas. Esto es, dos años para los fundos y un año para las demás cosas.

⁶⁸⁶ La etapa arcaica, nos indica el profesor Torrent, va desde el 754 a. C., fecha de la fundación de Roma, hasta el 367 a. C. en que se promulgaron las *leges Licinia-Sextiae*. Abarca la fase monárquica de la Constitución romana y una parte de la *respublica*. Ver TORRENT, A. (2002). *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*. Madrid: Edisofer, p. 18.

De acuerdo a lo expuesto, es posible afirmar que este instituto aparece como un mecanismo utilizado para subsanar la omisión en el cumplimiento de los modos formales de adquisición. Formalidades y ritualismo que resultan caracteres propios de esta etapa primitiva del derecho.⁶⁸⁷

Sin embargo, el paso del tiempo no era el único requisito que debía cumplirse. La transmisión del dominio para que se encuentre perfeccionada debía ser acompañada del cumplimiento de otros requisitos como ser que la cosa sea hábil o idónea (*res habilis*), justo título o *iusta causa*, *bona fides*, posesión y el paso del tiempo.⁶⁸⁸ Las exigencias que comprendía la usucapión en el derecho antiguo fueron señaladas mediante prohibiciones.⁶⁸⁹

Así, estaba prohibido usucapir cosas fuera del comercio,⁶⁹⁰ cosas robadas o poseídas por medio de la violencia;⁶⁹¹ las *res Mancipi* por parte de una mujer sin la *auctoritas* de su tutor.⁶⁹² Prohibiciones que fueron posteriormente traducidas en los requisitos señalados.⁶⁹³

En lo que refiere a la buena fe, debía estar presente al momento del inicio de la usucapión. Por su parte, la *iusta causa*, en línea con el genio

⁶⁸⁷ Como bien describe el profesor Fernández de Buján, “En esta época Roma, como sucede en general con otras comunidades primitivas, se rige, en buena medida, por imperativos religiosos (...) Derecho, religión y moral se encuentran entrelazados y, en parte mezclados (...)”. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021). *Derecho Público Romano*. 24ª edición. Madrid: Thomson Reuters, p. 46.

⁶⁸⁸ I. 2. 6. pr.

⁶⁸⁹ ARIAS RAMOS, J. (1958). *Derecho Romano*, T. I. Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 247.

⁶⁹⁰ GAYO, 2, 48; D. 41, 3, 9; *Inst.* 2, 6, 1.

⁶⁹¹ GAYO, 2, 45; *Inst.* 2, 6, 1.

⁶⁹² GAYO, 2, 47.

⁶⁹³ I. 2, 6, pr.

práctico de los romanos,⁶⁹⁴ no tuvo el desarrollo de una teoría general sino que se han señalado casos concretos de justo título.⁶⁹⁵

No obstante lo mencionado, existieron casos puntuales que no requerían del cumplimiento de los requisitos de buena fe ni de *iusta causa*. En este sentido, encontramos el caso de la *usucapio lucrativa pro herede*, donde un ciudadano romano, con capacidad de ser heredero podía usucapir la *hereditas* en el plazo de un año si el verdadero heredero no se había hecho cargo de la herencia.⁶⁹⁶ Gayo ensaya una explicación al respecto señalando que esta institución se encontraba relacionada con la importancia que tenía la continuación del culto privado y que los acreedores pudiesen determinar a quién cobrarle (Gayo 2, 55). Asimismo, la *usureceptio* es otro supuesto donde el antiguo dueño podía recobrar el dominio por la posesión continuada del bien sin mediar buena fe y justo título.

Continuando el recorrido de la evolución de este instituto, en la etapa imperial en los fundos provinciales donde no era posible adquirir el dominio, los magistrados provinciales admitieron como defensa procesal de quien detentaba la posesión, la llamada *praescriptio longi temporis*. Es decir, aquí no nos encontramos con un modo de adquirir el dominio sino una defensa procesal que para ser invocada exigía como condición, haber poseído con buena fe, con justa causa y por 10 años entre presentes y 20 años entre ausentes.⁶⁹⁷

En aquellos casos donde no se cumplía el requisito de la justa causa, su

⁶⁹⁴ BARROW, R. H. (2010). *Los Romanos*. 2ª ed. en español, 27 reimpr. México: Fondo de Cultura Económica, p. 11 y sig.

⁶⁹⁵ DI PIETRO, A. (1996). *Derecho privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 129; PEÑA GUZMÁN, L. y ARGÜELLO, L. (1962). *Derecho Romano*. Buenos Aires: TEA, p. 86.

⁶⁹⁶ PETIT, E. (1999). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 232.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, op. cit., p. 235. Luego, esta defensa se extiende a los bienes muebles. Ver D. 18. 1. 76. 1; D. 44. 3. 3 y D. 44. 3. 9.

ausencia quedaba salvada con el transcurso de un extenso plazo. Es lo que se llamó la *praescriptio longissimi temporis*, cuyo origen se encuentra en la Constitución de Theodosio II del año 424 que estableció que “todas las acciones personales o reales, salvo la hipotecaria, se extinguían en principio a los treinta años”.⁶⁹⁸

En el derecho justiniano, vemos que Justiniano realiza una fusión entre la usucapión y la prescripción en tanto mantiene los requisitos de cosa hábil, justo título, buena fe y la posesión continuada, variando en este último punto los años que debían transcurrir para adquirir la propiedad. En efecto, el término usucapión queda reservado para adquirir el dominio sobre las cosas muebles, exigiéndose el plazo de posesión continuada de 3 años. Por su parte, el término prescripción fue utilizado para designar la adquisición de bienes inmuebles, diferenciándose los plazos 10 años entre presentes y 20 años entre ausentes. A su vez, Justiniano mantuvo la *longissimi temporis praescriptio*. Sin embargo, fueron excluidos de esta forma de adquisición por el paso del tiempo los fundos dotales, los bienes que conformaban el peculio adventicio, las cosas sustraídas con violencia, las cosas *extra commercium* y los hombres libres.⁶⁹⁹

III. La prescripción ayer y hoy

Establecida esta evolución, vemos que la usucapión fue receptada en nuestro derecho civil argentino. Vélez reguló la prescripción en el libro IV, referido a los derechos reales y personales, en particular en la sección tercera la cual tituló “De la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo”. Allí, haciendo referencia al

⁶⁹⁸ PEÑA GUZMÁN y ARGUELLO, *op. cit.*, p. 103.

⁶⁹⁹ *Ibidem*.

Digesto en la nota al artículo 3947, legisló que “los derechos reales y personales se adquieren y se pierden por la prescripción. La prescripción es un medio de adquirir un derecho, o de libertarse de una obligación por el transcurso del tiempo”. Asimismo, en el artículo 3948 estableció que “la prescripción para adquirir, es un derecho por el cual el poseedor de una cosa inmueble, adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante el tiempo fijado por la ley”. Cabe apuntar que la ubicación y el modo en que reguló Vélez este instituto fue objeto de críticas. Ello toda vez que legisló conjuntamente prescripción adquisitiva y liberatoria. Sin embargo, en su defensa se ha sostenido que son dos caras de una misma moneda, en tanto “cuando uno se libera lo hace a expensas de otro que pierde su derecho; y cuando se gana un derecho por vía de la prescripción adquisitiva, ese derecho se pierde para el que lo tenía anteriormente”.⁷⁰⁰

En esta línea, Vélez reguló especialmente la usucapición titulado el capítulo “De la prescripción para adquirir”. Así, mediante el artículo 3999 estableció que “el que adquiere un inmueble con buena fe y justo título prescribe la propiedad por la posesión continua de diez años, si el verdadero propietario habita en la provincia, donde el inmueble está situado; y por veinte años si está domiciliado fuera de ella”. Ello incluyendo en la nota del artículo referencia a las Institutas de Justiniano donde se hace alusión al requisito de la posesión de buena fe.⁷⁰¹

El artículo mencionado fue modificado y según texto de la Ley 17.711 dispuso que “el que adquiere un inmueble con buena fe y justo título

⁷⁰⁰ MOISSET DE ESPANÉS, L. (1998). “La prescripción adquisitiva o usucapición”. En En: <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/artprescripcionadquisitivayusucapion> (última consulta realizada el 7 de diciembre de 2021).

⁷⁰¹ I. 2, 6, 2: Las cosas hurtadas y las que por la fuerza han sido poseídas, tampoco pueden ser usucapidas, aunque hubieren sido poseídas de buena fe por el susodicho largo tiempo; porque la Ley de las Doce Tablas y la Ley Atinia prohíben la usucapición de las cosas hurtadas, y la Ley Julia y Plautia la de las poseídas por la fuerza.

prescribe la propiedad por las posesión continua de diez años”. Cómo es posible observar, la reforma del artículo 3999 quitó la distinción que, de acuerdo a las fuentes romanas, respondía a la defensa procesal *praescriptio longi temporis*.

También podemos encontrar un reflejo del antecedente de la *praescriptio longissimi temporis* en los artículos 4015 y 4016, donde Vélez exigía el plazo de 30 años de posesión continuada exceptuando así el cumplimiento de los requisitos de buena fe y justo título. Artículos que fueron modificados por la Ley 17.711, reduciéndose el plazo a 20 años.

Conforme se desprende de lo enunciado, se exige, por un lado, la actividad del ser humano correspondiente al ejercicio de la posesión sobre una cosa. Siguiendo el análisis que realiza Savigny sobre la posesión, resulta imprescindible que la persona detente la cosa con *animus possidendi*, esto es, intención de ejercer la propiedad. En efecto, “solo puede ser reconocido como poseedor aquel que se comporta como propietario de la cosa que detenta; (...) aquel que está decidido a ejercer de hecho su señorío sobre la cosa, en la misma forma que el propietario está facultado para hacerlo en virtud de su derecho (...) y negándose a reconocer en cabeza de otro un mejor derecho”. Cumpliéndose así la definición que Savigny otorga a la propiedad como “la posesión vestida por el tiempo”. De este modo, “la posesión sumada al tiempo requerido por las leyes transforma al simple hecho posesorio en propiedad, en posesión con derecho a poseer”.⁷⁰²

Producida la reforma y unificación del Código Civil y Comercial, conforme Ley 26.944, cuya vigencia comenzó a partir del 1/8/2015, vemos el reflejo de la regulación contenida en el Código de Vélez en el artículo 1897. Esta norma que hoy nos rige dice que la prescripción

⁷⁰² DASSEN, J. y VERA VILLALOBOS, E. (1960). “El ‘Corpus’ y el ‘Animus’”. La polémica Savigny-Ihering”. En *Lecciones y Ensayos*, N° 16, p. 48. Ver, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/16/el-corpus-y-el-animus-la-polemica-savigny-ihering.pdf> (última consulta realizada el 7 de diciembre de 2021).

adquisitiva “es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley”. En efecto, la definición de nuestro Código esbozada en el artículo transcrito resulta una reproducción casi exacta de la definición de usucapión que otorga Modestino: “la agregación del dominio mediante la continuación de la posesión por el tiempo determinado en la ley” (D. 41. 3. 3).

A su vez, el Código Civil y Comercial también contiene en los artículos 1898 y 1899 la distinción entre la prescripción adquisitiva breve y larga, en función del cumplimiento de los requisitos de buena fe y justa causa.

El artículo 1898 del CCyCN que refiere a la prescripción adquisitiva breve⁷⁰³ exige el transcurso del plazo de 10 años y que el poseedor tenga justo título y buena fe. Como bien ha afirmado la doctrina en ocasión de analizar esta norma, aquí ya existe un derecho del poseedor sobre la cosa. Este derecho preexistente hace ver a la prescripción breve no como un modo de adquirir un derecho que no se tiene, sino como una manera de consolidar frente al verdadero propietario el derecho ya adquirido. Resulta menester destacar que esta clase de prescripción no sería un caso expreso de adquirir ya que la cosa es tenida como dueño, solo que con justo título.

Es posible encontrar aquí el antecedente de esta regulación en los orígenes de la usucapión correspondiente a la etapa del derecho arcaico, donde, conforme el relato de Gayo, la usucapión consistía en un modo de perfeccionamiento del dominio *—ex iure Quiritum—*, cuando el dominio de una *res mancipi* no fue transmitido mediante el rito de la *mancipatio* o *in iure cessio*.

⁷⁰³ Artículo 1898. Prescripción adquisitiva breve. La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años. Si la cosa es mueble hurtada o perdida el plazo es de dos años. Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título.

Por su parte, el artículo 1899 del CCyCN refiere a la prescripción adquisitiva “larga”, o extraordinaria.⁷⁰⁴ La cual sí se presenta como un modo de adquirir por medio de la posesión continuada por un tiempo más extenso que el supuesto anteriormente analizado donde aquí las cosas no le pertenecen al poseedor; en consecuencia, no se requiere ni justo título ni buena fe, sumándose a ello la inactividad del dueño original. En este supuesto, es posible hallar el antecedente de esta prescripción en la defensa procesal reconocida a quienes poseían los fundos provinciales y no eran dueños y carecían de justa causa en la posesión —*praescriptio longissimi temporis*—.

IV. La prescripción a la luz de los derechos humanos

Además de señalar la raíz romanista de la prescripción adquisitiva, resulta importante destacar el diálogo de fuentes que nos propone nuestro Código Civil y Comercial en su artículo 1, donde señala que todo su articulado debe ser aplicado e interpretado conforme la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos.

Desde este lugar, vemos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos subordina el uso y goce de los propios bienes al interés social (art. 21, inc. 1). A su vez, en el fallo “Salvador Chiriboga” la Corte IDH introdujo el concepto de la función social de la propiedad señalando

⁷⁰⁴ Artículo 1899. Prescripción adquisitiva larga. Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años. No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión. También adquiere el derecho real el que posee durante diez años una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida, que no inscribe a su nombre pero la recibe del titular registral o de su cesionario sucesivo, siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial sean coincidentes.

que resulta un “elemento fundamental para el funcionamiento de [una sociedad democrática]”.

El concepto de “función social de la propiedad” ha sido desarrollado por el profesor francés León Duguit en los años 1900, quien sostenía que

[...] el propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva la tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarse a cumplir su función social de propietario que consiste en asegurar el empleo de la riqueza conforme a su destino.⁷⁰⁵

Esta doctrina fue recogida por las constitucionales latinoamericanas a mediados del siglo XX.

De manera concordante, la Doctrina Social de la Iglesia ha sostenido que el derecho de propiedad “está subordinado el derecho al uso común y al destino universal de los bienes” (encíclica *Laborem Exercens*) y que “nunca debe ejercerse en detrimento del bien común”, dado que “nadie tiene derecho a reservar para su uso exclusivo aquello que le es superfluo, mientras a otros les falta lo necesario” (encíclica *Populorum Progressio*). Desde esta posición, el dominio posee una función dentro de lo colectivo que se explica y existe en razón de éste.

En este marco normativo, el instituto de la usucapión o prescripción adquisitiva que resulta de clara raíz romanista conforme el desarrollo efectuado, se presenta como un modo de hacer valer y a su vez limitar el derecho de propiedad. En consecuencia, la aplicación e interpretación de este instituto jurídico debe realizarse teniendo en cuenta

⁷⁰⁵ DUGUIT, L. (2015). *Las transformaciones del derecho público (Público y privado)*. Traducción por Adolfo Posada y Ramón Jaen. Buenos Aires: Heliasta, p. 238. Citado en: MERCADO GAZABÓN, A. C. (2015). *La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, p. 9.

su antecedente jurídico romano. Pero, a su vez, su aplicación e interpretación resulta enriquecida por la constitucionalización del derecho privado, donde el derecho a la propiedad privada se presenta como un derecho fundamental cuyo ejercicio no es absoluto y a su vez posee una función social.

Importancia del principio *pro homine* en el sistema jurídico mexicano

Por Grecia Sofía Munive García⁷⁰⁶

Introducción

A través de la historia de los Estados Unidos Mexicanos se han implementado diversos métodos hermenéuticos para llevar a cabo los procesos de interpretación en el ámbito jurídico.

En la hermenéutica, a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio del 2011, ocurrió un cambio de paradigma dentro de la interpretación, ya que el principio *pro homine* o *pro persona* se convirtió en uno de los principios rectores, por lo cual, sin importar el método utilizado por el intérprete, debe atenderse a éste en todo momento.

⁷⁰⁶ Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

A través de este trabajo pretendemos realizar un recorrido, *lato sensu*, por los principales métodos de interpretación utilizados en el sistema jurídico mexicano hasta llegar al cambio de paradigma hermenéutico desencadenado por la modificación epistemológica que derivó de la reforma constitucional previamente mencionada.

I. Nociones básicas de hermenéutica

I. a) Definición de hermenéutica

El término hermenéutica proveniente del verbo griego ἑρμενεύω,⁷⁰⁷ el cual tiene misma raíz que el nombre del dios griego Hermes (Ἑρμῆς).⁷⁰⁸ La connotación del vocablo griego la podemos localizar en Roma en el sustantivo *interpretatio*.⁷⁰⁹

Es una disciplina mediante la cual se interpretan textos. Aunque

⁷⁰⁷ El verbo griego ἑρμενεύω significa “interpretar, traducir; expresar en palabras, declarar; exponer, explicar”. Ver PABÓN S. DE URBINA, J. M. (2007). “Voce ἑρμενεύω”. En *Diccionario Manual Griego Clásico-español*. 20ª edición. Barcelona: Vox, p. 254.

⁷⁰⁸ Hermes, conocido como Mercurio entre los romanos, era una divinidad de gran importancia en el mundo grecolatino. *Ibidem*, s. v. Ἑρμῆς- οῦ. De acuerdo con la mitología, era hijo de Zeus y de la Pléyade Maya. A este dios se le atribuía el patronazgo de diversas actividades tales como la de conducir a las almas al inframundo, la de ser el encargado de la protección del comercio y de las personas que se dedicaban a esa labor, y la de ser el mensajero de los dioses. Esta última actividad es la que se relaciona con la concepción actual de la hermenéutica.

⁷⁰⁹ El sustantivo en latín *interpretatio* tiene diversos significados, entre los cuales encontramos los siguientes: interpretación, explicación, traducción, entre otros. Ver PIMENTEL ÁLVAREZ, J. (2017). “Voce *Interpretatio, onis*”. En *Diccionario latín-español/español-latín. Vocabulario clásico, jurídico y eclesiástico*. 12ª edición. México: Porrúa, p. 385.

originalmente era implementada para el análisis y estudio de los textos sagrados, posteriormente se comenzó a utilizar con la finalidad de estudiar a profundidad todo tipo de escritos.

I. b) Génesis y evolución de la hermenéutica

Como antecedentes de la hermenéutica encontramos al mito y al logos, los cuales se solían ver como si fueran una especie de contraposición por diversos autores como Platón. El mito (μῦθος-ου) es un relato o narración que originalmente se transmitía de manera oral, tal y como lo podemos constatar en la transmisión de los poemas de Homero y de Hesíodo del siglo VIII a. C., que pretende explicar la realidad con base en la interacción de las culturas ancestrales con su entorno. Es la primera interpretación que el ser humano da a los acontecimientos del mundo y a los fenómenos de la naturaleza con base en su propia cosmovisión.

En el siglo VI a. C. la cosmovisión en la Antigüedad griega se modificó, buscando otro medio diferente al mito para la interpretación de la realidad. Este cambio lo podemos vislumbrar a través del pensamiento de los primeros filósofos, conocidos como físicos⁷¹⁰ por sus observaciones realizadas con base en la naturaleza en función de encontrar el origen de las cosas. A partir de ellos, la razón o el razonamiento (λόγος-ου) tomó gran relevancia dentro del mundo filosófico.

Cabe mencionar que los conceptos de mito y logos no se contraponen,

⁷¹⁰ Algunos de los filósofos presocráticos, también conocidos como físicos, son los siguientes: Tales de Mileto, Anaximandro, Anaxímenes, Heráclito, entre otros. Son conocidos como físicos porque cada uno buscó el origen de las cosas en los diferentes elementos de la naturaleza y no en la voluntad de los dioses, como se veía en el mito. Por ejemplo, para Tales, el origen de todo se encontraba en el agua; para Anaximandro, el ápeiron (lo ilimitado o lo indefinido); para Anaxímenes, discípulo de Anaximandro, el origen se encuentra en el aire; y para Heráclito, el elemento primordial del universo es el fuego.

sino que, en realidad, lo único que sucede es que con el surgimiento del logos se propició la primacía de la razón sobre las ideas.

Gracias a la filosofía nacida en la Antigüedad griega se logró una racionalización de la interpretación.

Posteriormente, con el advenimiento del cristianismo, a través del pensamiento de algunos de sus representantes, como San Agustín y Santo Tomás, la concepción de la hermenéutica cambió, volviéndose hacia bases ontológicas, las cuales tratan del “ser” en general y de sus propiedades trascendentales.

En la actualidad, uno de los pensadores que ha tenido mayor influencia para los modelos de la interpretación es Hans-Georg Gadamer (1900-2002), quien fue un gran teórico de la filosofía moderna que propuso un modelo epistemológico basado en la ontología de la cosa a interpretar (*natur der sache*). De acuerdo con su teoría, lo importante no es el método interpretativo, sino el ser del intérprete y el lenguaje con que enfrenta la interpretación.⁷¹¹

I. c) Principios básicos de la hermenéutica

Los principios básicos para la actividad interpretativa son descritos por Gadamer cuando aborda la conciencia hermenéutica de la siguiente manera:

El que quiere comprender un texto tiene que estar en principio dispuesto a dejarse decir algo por él. Una conciencia formada hermenéuticamente tiene que mostrarse receptiva desde el principio para la alteridad del texto. Pero esta receptividad no presupone neutralidad frente a las cosas ni tampoco autocancelación,

⁷¹¹ DIEZ, F. (2021). “Universalidad y límites del lenguaje en Hans-Georg Gadamer. Otra aproximación al tacto hermenéutico”. En *Contrastes. Revista internacional de filosofía*, Vol. 26, N° 3, p. 7-24.

sino que incluye una matizada incorporación de las propias opiniones previas y prejuicios. Lo que importa es hacerse cargo de las propias anticipaciones, con el fin de que el texto mismo pueda presentarse en su alteridad y obtenga así la posibilidad de confrontar su verdad objetiva con las propias opiniones previas.⁷¹²

En otras palabras, podríamos decir que estos principios se encuentran integrados por los siguientes elementos:

a) *Precomprensión*: Esta sección hace referencia a que antes de realizar una interpretación sobre algún texto, ya tenemos alguna idea o sentimiento sobre él, que actúa como proyecto de interpretación, y que es un primer acercamiento a nuestro tema.

b) *Prejuicios*:⁷¹³ Los prejuicios no son algo negativo como normalmente suelen considerarse, sino que simplemente son las ideas previas que tenemos con respecto al objeto que interpretaremos. Es necesario comprender los prejuicios que tenía el autor del texto en la mentalidad de su tiempo (horizonte del autor), porque a medida que vamos identificando los prejuicios, éstos nos irán revelando cuestiones significativas para nuestra actividad hermenéutica.

c) *Fusión de horizontes y contextos*:⁷¹⁴ Existe una distancia entre el tiempo en que fue escrito el texto y nosotros. Es necesario tomar en consideración esta distancia temporal, así como los prejuicios del autor y los del lector para poder crear una fusión adecuada.

d) *Oír el texto*: Debemos experimentar o sentir ese texto en su alteridad, es decir, tenemos que “oírlo” con atención para dejarnos decir

⁷¹² GADAMER, H. G. (1998). *Verdad y Método I*. Salamanca: Sígueme, p. 335-336.

⁷¹³ *Ibidem*, op. cit., p. 338 y ss.

⁷¹⁴ *Ibidem*, op. cit., p. 372-377.

algo de él y así poder lograr un diálogo hermenéutico que nos permita comprender con mayor claridad lo que estamos interpretando.

e) Aplicar el sentido: Al aplicar ese sentido a una situación particular para hacerla comprensible, logramos una prueba de la validez de ese sentido que asegura su vigencia histórica.

f) Interrogarse: La comprensión del texto nos debe llevar a cuestionarnos.

Otro principio básico está constituido por el concepto de “círculo hermenéutico”,⁷¹⁵ el cual es una remisión de la parte al todo y del todo a la parte, realizada por el lector-intérprete. El círculo hermenéutico consiste en dejarse decir algo por el texto y que el intérprete le diga algo al texto, y en realizar un diálogo interpretativo en el cual, al lograr comprender el texto, también logremos comprendernos a nosotros mismos.

II. Métodos interpretativos en el derecho mexicano

II. a) Interpretación jurídica en el derecho positivo mexicano

La hermenéutica o interpretación es una herramienta de gran valor en el ámbito jurídico de los Estados Unidos Mexicanos, ya que nos permite indagar y encontrar el sentido de los textos legales para poder implementar adecuadamente las disposiciones a los casos concretos que se presentan. En el ámbito jurídico, los juristas buscan la correcta

⁷¹⁵ *Ibidem, op. cit.*, p. 363.

interpretación de las normas, siguiendo los esquemas lógicos y racionales de un intérprete.

Con base en una tesis aislada de materia común de 1993, la hermenéutica se implementa en el ámbito jurídico para “desentrañar la intención del legislador, resolver la cuestión efectivamente planteada y evitar la incongruencia o contradicción, que repugna a la razón y a la correcta administración de justicia”.⁷¹⁶ La interpretación jurídica “es el proceso o actividad para descubrir o atribuir significado y así decidir el alcance, sentido, contenido e implicación de un texto legal, con el fin de que pueda ser aplicado a casos concretos y, sobre todo, para precisar qué circunstancias encuadran, son subsumibles o quedan excluidas de él”.⁷¹⁷

Las principales teorías o metodologías mediante las cuales se lleva a cabo la interpretación de un texto se dividen en métodos clásicos y métodos modernos. Los métodos clásicos son el método gramatical, método exegético y método histórico tradicional. Los métodos modernos, por su parte, se encuentran constituidos por el método de la libre investigación científica, método de la escuela del derecho libre, método de la jurisprudencia de los intereses (jurisprudencia sociológica), método positivo teleológico, método histórico-evolutivo, entre otros.

Aunque la finalidad de los métodos previamente mencionados es lograr una actividad hermenéutica, cada uno de ellos tiene sus propias particularidades y centra su objetivo en diferentes elementos de aquello que se busca interpretar.

⁷¹⁶ *Interpretación jurídica de las leyes*. Tesis aislada en materia común de los Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, XII, octubre de 1993, p. 446.

⁷¹⁷ *Interpretación judicial. Su concepto y características tratándose de casos problema*. Tesis I. 4º. A. 89 k de materia común de los Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, marzo de 2010, p. 3003.

II. b) Métodos de interpretación implementados en el derecho mexicano

A través de la historia de los Estados Unidos Mexicanos se han utilizado diversos métodos en el ámbito de la interpretación jurídica.

Tomando como base la información expuesta por el doctor Santiago Nieto en su obra *Jurisprudencia e interpretación jurídica en la Constitución Mexicana. Evolución e implicaciones en la cultura jurídica nacional*,⁷¹⁸ podemos vislumbrar *lato sensu* que las diferentes metodologías de la interpretación jurídica que se han utilizado en la nación mexicana son las siguientes: a) método gramatical y método exegético; b) método teleológico; c) interpretación basada en las fuentes del derecho; d) interpretación mediante analogía; e) interpretación lógica, histórica y gramatical; f) interpretación con base en el método que se considere más adecuado, aunque, en principio, se debe recurrir al gramatical; y, g) interpretación con base en el método que se considere más adecuado, recurriendo en primer lugar al gramatical, pero atendiendo al principio *pro homine* en todos los casos en los que pudiese ser vulnerado un derecho fundamental.

A continuación, abordaremos *lato sensu* estos métodos.

II. b) 1. Método tradicional y método exegético (1870)

La interpretación de las leyes en los Estados Unidos Mexicanos, ya consolidados como una nación soberana, comenzó realizándose a través

⁷¹⁸ NIETO CASTILLO, S. (2007). "Jurisprudencia e interpretación jurídica en la constitución mexicana. Evolución e implicaciones en la cultura jurídica nacional". En CARBONELL SÁNCHEZ, M. y VALADÉS, D. (eds.). *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la constitución de 1917*. México: Editorial de la Universidad Autónoma de México.

del método gramatical, el cual es uno de los métodos hermenéuticos más antiguos, ya que éste es el primer método que se conoce de interpretación de la ley escrita, siendo implementado por parte de la escuela de los glosadores para interpretar el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano.⁷¹⁹ Con este mismo método los comentaristas del Código francés de 1804 explicaron cada palabra y cada párrafo de los artículos del código al margen de los mismos.

En el método gramatical la interpretación de un texto se realizaba *ad litteram*, es decir, de manera literal. En el caso de que un texto estuviese redactado con palabras oscuras o expresiones ambiguas, se recurría a la sinonimia con el objeto de encontrarle sentido a la disposición legal.

Además del método gramatical, otro método hermenéutico de gran importancia fue el de la exégesis, cuyo vocablo proviene del sustantivo griego Εξήγησις, que significa “exposición, explicación”.⁷²⁰ De acuerdo con la etimología y la definición de la palabra, podemos deducir que el propósito de la escuela de la exégesis jurídica es explicar la ley con base en esta misma, tratando de descifrar la voluntad del legislador. La Escuela de la Exégesis, también conocida como “método tradicional”, fue una de las principales escuelas de interpretación del derecho. Ésta surgió en Francia después del auge de la Revolución (1789), producto de la evolución de la concepción tradicional de la interpretación del derecho y la esencia de la función judicial, que residía exclusivamente en el monarca.

A partir del siglo XIX, cuando surgen las grandes codificaciones, entre las que destaca el *Code Civil* o Código Civil de Napoleón de 1804,

⁷¹⁹ Las glosas, consistentes en explicar por medio de notas marginales e intertextuales las palabras y los párrafos de la misma, son un claro testimonio de la implementación del método gramatical.

⁷²⁰ Ver PABÓN S. DE URBINA, *op. cit.*, p. 217. Actualmente el término tiene la misma connotación. Cfr. *Diccionario de la Real Academia Española*: <http://dle.rae.es/?id=HDzpEFL> (Última consulta: febrero de 2022).

tuvieron gran relevancia los métodos de interpretación gramatical y exegético. La influencia del movimiento codificador llegó hasta el derecho positivo mexicano en el año 1870⁷²¹ con la aprobación del primer Código Civil Federal creado en los Estados Unidos Mexicanos, en el cual la doctrina positivista, de la mano con el individualismo liberal, conllevaron a la construcción de una nueva ideología científica,⁷²² con la aspiración de lograr una unidad nacional que pusiese fin a la anarquía.

Tanto el método gramatical como el exegético aún continúan siendo

⁷²¹ La segunda mitad del siglo XIX en México se caracterizó por la pugna entre liberales y conservadores, para 1857. Cuando triunfó la República liberal, el presidente Benito Juárez se rodeó de ilustres intelectuales como Gabino Barreda y Justo Sierra O'Reilly, tanto para estructurar una nueva doctrina positivista, es decir, para educar a la nueva nación mexicana, como para elaborar la primera codificación civil mexicana de 1870. *Cfr.* LÓPEZ MONTROY, J. (2009). "Código Civil de 1870, según los trabajos de Isidro Montiel y Duarte y su influencia en el Código Civil de 1928". En DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. y SÁNCHEZ BARROSO, J. (eds.). *80 años de vigencia del código Civil para el Distrito Federal*. México: Editorial de la Universidad Autónoma de México, p. 107-108.

⁷²² Como muestra de la construcción de esa ideología, citamos un fragmento del discurso de Manuel Ramos: "La sociedad es un campo de lucha en el que triunfan los más aptos. En la sociedad mexicana la clase más apta es la burguesía. Son los miembros de esta clase los que han adquirido las mejores posiciones sociales. La misión del estado es la de proteger a ésta y no la de estimular a clases de calidad biológicamente inferior. La burguesía considerada como la clase mejor adaptada en su lucha contra el medio ambiente es la que debe tener todos los derechos; los inadaptados no merecen ni siquiera la limosna pública. Al estado no le queda otro quehacer que el de vigilar que se respeten las conquistas de la burguesía mexicana, porque son el resultado del esfuerzo personal realizado por dicha clase; solo así se puede estimular a los mejores. En esta forma es como nuestra burguesía pretende justificarse como clase privilegiada: cubriendo sus actos con una ideología que presume de ser científica y demostrable." Ver ZEA, L. (1985). *El positivismo y la circunstancia mexicana*. 2ª edición. México: Secretaría de Educación Pública, p. 178.

usuales en la actividad hermenéutica contemporánea, como lo veremos a continuación.

II. b) 2. Método teleológico (1926)

En 1926, la manera en la que se llevaba a cabo la actividad hermenéutica en el ámbito jurídico comenzó a modificarse, tomando como base la interpretación teleológica en vez de la exegética y la gramatical, las cuales habían sido frecuentemente utilizadas hasta ese entonces.⁷²³

Este método, cuyo principal exponente fue el gran jurista alemán Rudolph von Ihering, tenía su origen en la creencia de que toda norma jurídica tiene un fin, un propósito o un motivo práctico y ese fin consistía en la existencia de la sociedad.

II. b) 3. Interpretación basada en las fuentes del derecho (1934)

Para el año 1934, de acuerdo con una tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se reconocen las fuentes del derecho formales, materiales e históricas como criterios fundamentales en el proceso de interpretación.⁷²⁴

II. b) 4. Interpretación mediante analogía (1940)

En 1940, la Suprema Corte de Justicia reconoce el gran valor de la

⁷²³ Cfr. NIETO CASTILLO, *op. cit.*, p. 708.

⁷²⁴ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 708- 709.

interpretación realizada a través de la analogía, la cual, de acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* es el “método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella”.⁷²⁵

A pesar del reconocimiento de su importancia, en esa época se restringe su implementación al ámbito del derecho privado y se reitera la prohibición de su aplicación en materia penal y electoral. Estas prohibiciones se encuentran en el artículo 3º del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales,⁷²⁶ el cual nos remite al contenido del artículo 14 constitucional, que dice a la letra lo siguiente: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.⁷²⁷

II. b) 5. Interpretación lógica, histórica y gramatical (1961)

Para el año de 1961 se consideró óptima la interpretación realizada bajo la metodología de la lógica jurídica, a la cual le interesa buscar si las decisiones que se toman en el ámbito jurídico están razonadas

⁷²⁵ Cfr. *Diccionario de la Real Academia Española*: <https://dle.rae.es/analog%C3%ADa> (última consulta: febrero 2022).

⁷²⁶ Libro Primero “De la integración de los poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión,” Título Primero “Disposiciones preliminares,” artículo 3º, párrafo 2º del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales: “2. La interpretación se hará conforme a los criterios gramatical, sistemático y funcional, atendiendo a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 14 de la Constitución.” https://www.ieepco.org.mx/biblioteca_digital/legislacion/COFIPE.pdf (última consulta: febrero 2022).

⁷²⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> (última consulta: febrero 2022).

o no, previendo una serie de criterios para la determinación de la racionalidad de una decisión.⁷²⁸ Además de la interpretación lógica, también tomó gran relevancia la interpretación histórica, que nació en Alemania y cuyos principales representantes fueron Gustavo Hugo, von Savigny y von Puchta, la cual postula que las leyes o la legislación positiva no son las únicas fuentes del derecho, sino que el derecho se ha formado de las necesidades y usos de los pueblos. Finalmente, continuó siendo de gran relevancia para el derecho positivo mexicano la interpretación gramatical.⁷²⁹

II. b) 6. Interpretación con base en el método que se considere más adecuado (2004)

A partir del año 2004, en el ámbito de la interpretación jurídica se acepta la implementación de cualquier método hermenéutico que se considere adecuado en función de lograr una óptima interpretación, siempre y cuando se recurra, en primer lugar, al método gramatical. Si después de haber usado este método el texto aún continúa siendo vago u oscuro, se podrá aplicar la metodología que le parezca más apropiada a la persona que funge como intérprete.

II. b) 7. Interpretación con base en el método que se considera más adecuado, recurriendo en primer lugar al gramatical, pero ateniendo al principio pro homine (2011)

A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos se

⁷²⁸ LAGLA PILLAJO, M. (2017). "Razonamiento jurídico: Lógica, interpretación y argumentación." En *Revista de la Facultad de Jurisprudencia*, N° 1, p. 63.

⁷²⁹ Cfr. NIETO CASTILLO, *op. cit.*, p. 709-710.

modificaron los parámetros de interpretación en función del principio *pro homine*. A pesar de que en las cuestiones relativas a la interpretación jurídica se sigue respetando lo que se había planteado desde el año 2004, es decir, que el intérprete no está obligado a utilizar un método de interpretación en específico, aunque debe recurrir en principio al método gramatical, ahora la interpretación que se realice deberá atender al principio *pro homine* en todos los casos en los que pudiese ser vulnerado un derecho fundamental.

III. El principio *pro homine* en el sistema jurídico mexicano

III. a) Reforma constitucional del 2011 en materia de derechos humanos

El nuevo paradigma de interpretación constitucional en México surgió con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, mediante la cual se dio una adopción plena del sistema de protección de los derechos humanos, que desencadenaron las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano de diversos casos como el de Rosendo Radilla Pacheco.⁷³⁰

⁷³⁰ Este caso fue paradigmático, ya que fue uno de los que desencadenó la reforma constitucional en materia de derechos humanos. En este caso, en el cual Rosendo Radilla Pacheco fue víctima de detención y de desaparición forzada, “ante la falta de respuesta por parte del Estado mexicano, el 15 de noviembre de 2001 se presentó el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Tras sostener una audiencia pública sobre admisibilidad del caso el 21 de octubre de 2004, la CIDH emitió el informe de admisibilidad No. 65/05 el 12 de octubre de 2005. El 27 de julio de 2007, durante su 128º Período Ordinario de Sesiones, la CIDH consideró las posiciones de las partes y aprobó el informe de fondo

La reforma constitucional se encuentra cimentada por el reconocimiento y protección de los derechos humanos, en donde la norma suprema establece en su artículo 1 lo siguiente:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad

número 60/07, de conformidad con el artículo 50 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por una falta de respuesta efectiva del Estado mexicano al cumplimiento de las recomendaciones emitidas en dicho informe de fondo, el 15 de marzo de 2008 la CIDH demandó al Estado mexicano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la violación al derecho al reconocimiento de personalidad jurídica (artículo 3), derecho a la vida (artículo 4), derecho a la integridad personal (artículo 5), derecho a la libertad personal (artículo 7), derecho a las garantías judiciales (artículo 8) y derecho a la protección judicial (artículo 25) en conexión con la obligación de respetar los derechos (artículo 1. 1), todos estos derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, los representantes de las víctimas demandaron al Estado mexicano no solo por los derechos consagrados en la Convención Americana, sino también por violaciones a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada. El 6 de julio de 2009 se llevó a cabo la audiencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El 23 de noviembre de 2009, la Corte IDH emitió la sentencia sobre el caso, condenando al Estado.⁹ Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos: <https://cmdpdh.org/casos-paradigmaticos-2-2/casos-defendidos/caso-rosendo-radilla-pacheco-2/> (última consulta: febrero 2022).

y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.⁷³¹

Mediante la reforma en materia de derechos humanos se dio un paso conceptual de garantías individuales a derechos humanos, lo cual implicó la ruptura con una larga tradición de un sistema protector de otorgamiento a un modelo garantista de reconocimiento; un cambio del modelo epistemológico de interpretación (art. 1, párrafo 2, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos); la consideración de los derechos humanos como base del sistema jurídico mexicano (art. 1, párrafo 3, CPEUM); la ampliación de la protección de los derechos fundamentales de las personas no solo por el sistema mexicano, sino también por organismos internacionales; y, finalmente, la obligación de todos los actores jurídicos de conocer, interpretar y fundamentar conforme al nuevo paradigma.

III. b) Relevancia del principio *pro homine* después de la reforma constitucional

Bajo este nuevo paradigma, el principio rector del criterio interpretativo se volvió el principio *pro homine*. Este principio es un

criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos o, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión

⁷³¹ Artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> (última consulta: febrero 2022).

extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.⁷³²

De acuerdo con este principio, la persona que se desempeña como intérprete en un caso debe preferir aquella interpretación que optimice un derecho fundamental.

Como habíamos mencionado previamente, en el ámbito jurídico es posible optar por el método interpretativo que nos parezca más conveniente, aunque en la actualidad se debe tomar en consideración el método gramático en primer lugar. Sin embargo, cuando se trate de un tema en el cual se puedan vulnerar los derechos fundamentales de una persona, el criterio que deberá ser contemplado será el principio *pro homine*.

Conclusiones

La hermenéutica es una herramienta *ius filosófica* fundamental en el ámbito jurídico ya que nos permite desentrañar el sentido de los textos en función de la resolución de controversias y determinar “el alcance, sentido, contenido e implicación de un texto legal, con el fin de que pueda ser aplicado a casos concretos y, sobre todo, para precisar qué circunstancias encuadran, son subsumibles o quedan excluidas de él”.⁷³³

En los Estados Unidos Mexicanos, a través de la historia de la nación, se han implementado diversos métodos interpretativos. Como hemos

⁷³² PINTO, M. (1997). “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. En ABRAMOVICH, V., BOVINO, A. y COURTIS, C. (comps.). *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 163.

⁷³³ *Interpretación judicial...*, *op. cit.*, p. 3003.

visto a través de la presente investigación, en un principio los métodos que fueron mayormente utilizados fueron el gramatical y el exegético, aunque posteriormente se prefirió la implementación del método teleológico y la interpretación basada en las fuentes del derecho. Después, las autoridades mexicanas se decantaron por la utilización de la analogía y de la interpretación lógica, histórica y gramatical. Posteriormente, en el 2004 se permitió la interpretación con base en el método que se considerase más adecuado, recurriendo en principio al gramatical. Finalmente, con la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011, la situación se modificó, permitiendo la interpretación con base en el método que se considere más adecuado, recurriendo en primer lugar al gramatical, pero ateniendo al principio *pro homine* en todos los casos en los que pudiese ser vulnerado un derecho fundamental.

A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio del 2011, con el cambio epistémico de “garantías individuales” a “derechos humanos” el principio *pro homine* se convirtió en el principio rector de la interpretación, por lo cual adquirió gran relevancia en el derecho positivo mexicano.

Bibliografía

- ATIENZA, M. (1985). *Introducción al estudio del derecho*. Barcelona: Barcanova.
- CARMONA TINOCO, J. (1996). *La interpretación judicial constitucional*. México: Editorial de la Universidad Autónoma de México.
- Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. <https://cmdpdh.org/casos-paradigmaticos-2-2/casos-defendidos/casos-rosendo-radilla-pacheco-2/>.

- *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. <https://dle.rae.es/diccionario>.

- DIEZ, F. (2021). “Universalidad y límites del lenguaje en Hans-Georg Gadamer. Otra aproximación al tacto hermenéutico”. En *Contrastes. Revista internacional de filosofía*, Vol. 26, Nº 3.

- GADAMER, H. G. (1998). *Verdad y Método I*. Salamanca: Sígueme.

- GARCÍA MÁYNEZ, E. *Introducción al estudio del derecho*, 53ª. Ed., México, 2002.

- LAGLA PILLAJO, M. (2017). “Razonamiento jurídico: Lógica, interpretación y argumentación”. En *Revista de la Facultad de Jurisprudencia*, Nº 1.

- LÓPEZ MONTROY, J. (2009). “Código Civil de 1870, según los trabajos de Isidro Montiel y Duarte y su influencia en el Código Civil de 1928”. En DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. y SÁNCHEZ BARROSO, J. (eds.). *80 años de vigencia del código Civil para el Distrito Federal*. México: Editorial de la Universidad Autónoma de México.

- NIETO CASTILLO, S. (2007). “Jurisprudencia e interpretación jurídica en la constitución mexicana. Evolución e implicaciones en la cultura jurídica nacional”. En CARBONELL SÁNCHEZ, M. y VALADÉS, D. (eds.). *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la constitución de 1917*. México: Editorial de la Universidad Autónoma de México.

- PABÓN S. DE URBINA, J. M. (2007). “Voce ἐρμενεύω”. En *Diccionario Manual Griego Clásico-español*. 20ª edición. Barcelona: Vox.

- PIMENTEL ÁLVAREZ, J. (2017). “Voce *Interpretatio, onis*”. En

Diccionario latín-español/español-latín. Vocabulario clásico, jurídico y eclesiástico. 12ª edición. México: Porrúa.

- PINTO, M. (1997). “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. En ABRAMOVICH, V., BOVINO, A. y COURTIS, C. (comps.). *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

- VILLORO TORANZO, M. (2005). *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa.

- ZEA, L. (1985). *El positivismo y la circunstancia mexicana*. 2ª edición. México: Secretaría de Educación Pública.

Legislación y jurisprudencia

- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales: https://www.icepco.org.mx/biblioteca_digital/legislacion/COFIPE.pdf.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>.

- *Interpretación judicial. Su concepto y características tratándose de casos problema*. Tesis I. 4º. A. 89 k de materia común de los Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, marzo de 2010, p. 3003.

- *Interpretación jurídica de las leyes*. Tesis aislada en materia común de los Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, XII, octubre de 1993, p. 446.

El derecho a la salud y la información: un enfoque a partir de dos fallos judiciales⁷³⁴

Por Julieta Salomé Rodríguez⁷³⁵

I. Introducción

El objetivo del presente trabajo es que, a partir del análisis de dos fallos recientes vinculados con el suministro de dióxido de cloro como tratamiento compasivo a pacientes con COVID-19 en grave estado, podamos profundizar en la protección actual del derecho a la salud, el acceso a la información vinculada con ella y la responsabilidad de los

⁷³⁴ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación denominado “Una mirada romanista a los libros quinto y sexto del Código Civil y Comercial de la Nación”, que se desarrolla en UFLO Universidad bajo la dirección de la Prof. Mirta Beatriz Álvarez.

⁷³⁵ Becaria estudiante del proyecto.

comunicadores y, asimismo, conocer cuestiones vinculadas con la salud en la Antigua Roma.

II. Planteo de los casos

El primer fallo bajo análisis es una sentencia de octubre de 2020 dictada por el juez Leonardo Aranibar de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta,⁷³⁶ que rechazó la acción de amparo presentada por la esposa e hijos de un paciente con COVID-19 internado en grave estado en el Hospital San Bernardo, mediante la cual solicitaban se los autorice a suministrarle la sustancia CDS (dióxido de cloro), a modo de tratamiento compasivo, toda vez que su pronóstico era desfavorable.

Para decidir en tal sentido, el juez destacó que el derecho a la vida y su protección, que incluye especialmente al derecho a la salud, constituye un bien en sí mismo que resulta indispensable para el ejercicio de la autonomía personal. En consecuencia, el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano.

Luego, en su fundamentación, enumera una serie de tratados y convenciones internacionales de jerarquía constitucional donde se protege este derecho fundamental. Cita también la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial que va a dar el contexto en el cual el médico, luego de pedir consejo de experto y con el consentimiento informado del paciente o de un representante legal, puede permitirse utilizar intervenciones no comprobadas si a su juicio ello da alguna esperanza de salvar la vida o restituir la salud, o aliviar el sufrimiento.

⁷³⁶ “M., E. Y.; B., P. A.; B., R. A.; B., A. L.; B., S. M.; B., M. vs Hospital de Gestión Descentralizada San Bernardo por amparo” (Exp. 713073/20). <https://www.diariojudicial.com/nota/88291>.

Continúa en su análisis diciendo que el Colegio Médico de Salta acompañó con material científico y advertencias de importantes entidades acerca de la utilización del dióxido de cloro en humanos y, además, agrega que a lo largo del proceso la parte actora no acompañó ningún certificado médico donde se prescribiera el tratamiento con dióxido de cloro para el caso particular.

En consecuencia, consideró que, en el caso planteado, el Hospital San Bernardo no realizó ninguna conducta arbitraria ni violatoria de derecho constitucional alguno y que, en consecuencia, la acción deducida no podía prosperar.

En el segundo caso, el juez subrogante Javier Pico Terrero, del Juzgado Civil y Comercial Federal N° 7 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,⁷³⁷ hizo lugar a una acción de amparo presentada por José María Lorenzo, hijastro del señor Oscar García Rúa, para que se le ordene al Sanatorio Otamendi cumplir con el tratamiento indicado por su médico personal, Dr. Dante Converti, el cual consistía en administrar el uso del ibuprofenato de sodio a través de nebulizaciones y de dióxido de cloro mediante vía intravenosa.

Para decidir en tal sentido, el juez consideró que se cumplía con los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora porque de las constancias médicas arrimadas no se advertía la posibilidad de dilación alguna y que, al estar prescripto por el médico a cargo del tratamiento del paciente, que era responsable del tratamiento médico y quien conocía los pormenores de la historia clínica, no se advertía la imposibilidad de la orden médica para la implementación de los tratamientos prescriptos.

En consecuencia, decidió que el Sanatorio Otamendi debía otorgar la cobertura de los tratamientos indicados por su médico tratante.

Cabe mencionar, por último, que ambos pacientes fallecieron.

⁷³⁷ Lorenzo, José María c/Sanatorio Otamendi y Miroli SA s/Amparo de Salud. <https://www.diariojudicial.com/nota/88283/civil-y-comercial/el-dioxido-de-cloro-llego-a-la-justicia.html>.

III. Análisis de los fallos. Salud, tratamientos compasivos e información

De la comparación de estos fallos surge que en ambos casos se solicitó al órgano judicial el suministro de la sustancia dióxido de cloro (CDS o MMS) bajo la figura de tratamiento compasivo.

Ambos pacientes cursaban una fase aguda de la enfermedad por coronavirus, con un profundo deterioro de su salud y pronóstico reservado.

También, en ambos casos, la petición se sustentaba en derechos constitucionales e instrumentos internacionales, y las medidas cautelares solicitadas tenían como objeto que el derecho cuyo reconocimiento se pedía no perdiera su eficacia en las dilaciones propias del trámite del amparo.

En la resolución emanada del órgano judicial salteño se rechazaron tanto la medida cautelar como la acción de amparo, mientras que en el caso del Sanatorio Otamendi el juez ordenó el suministro de la sustancia amparándose en la orden del médico personal del paciente.

Cabe destacar los motivos que llevaron a que las resoluciones de los casos fueran diferentes. En el planteo de Salta, intervino el Comité Científico asesor del Colegio Médico de la Provincia de Salta, que le aportó al juez las advertencias de algunas sociedades científicas y un informe de la Organización Panamericana de la Salud con respecto al suministro de dióxido de cloro a humanos. Y el amparista, por su parte, no logró acreditar de ninguna forma el supuesto beneficio del CDS. El juez, ante el planteo, la poca información que adjuntó el amparista y la presentación determinante del Colegio Médico, decidió rechazar la acción.

En el segundo caso, el estado de salud del amparista y el pronóstico reservado (cursaba una etapa grave de la enfermedad por SARS-Cov-2) explicaban para el juez una apariencia de buen derecho y, por consiguiente, decidió otorgar la medida, ordenando al sanatorio estar a lo prescripto por el médico tratante. En este caso y pese a la negativa del sanatorio, el suministro de CDS fue realizado por el médico que lo prescribió, y a los pocos días el paciente murió.

Ambos fallos dieron lugar a muchas críticas y comentarios por parte de la doctrina, focalizados en diversas cuestiones. A los fines de este trabajo, vamos a considerar dos aspectos en particular: la crítica desde el punto de vista de la bioética y desde el punto de vista de la gestión de la información.

Desde la bioética, el Dr. Ignacio Maglio, presidente del Comité de Bioética de la Fundación Huésped, asesor del Ministerio de Salud y asesor letrado de la Sociedad Argentina de Infectología (SADI), en diálogo con la agencia de noticias *Télam*⁷³⁸ consideró que la decisión del magistrado en el fallo del Sanatorio Otamendi se trató de “mala praxis judicial”. Argumentó que “es un despropósito que un juez pueda dar una resolución basado en una sola receta, sin haber pedido una prueba de oficio a otros organismos o bien a la Sociedad Argentina de Infectología”. En cuanto a la prescripción del doctor Dante Converti, dijo que fue “una aberración técnica médica”. “Ni siquiera se chequeó si es un especialista como dicen que es, ya que dispuso algo en contra de toda la evidencia médica disponible”, y resaltó que el dióxido de cloro “no está autorizado por la ANMAT y está contraindicado por diversas instituciones médicas”, entre ellas la SADI.

A su vez, la Dra. María Susana Ciruzzi aborda esta temática en su artículo “El Juez, el médico, el abogado, el subrogante y el paciente: la maleficencia de la ignorancia”,⁷³⁹ haciendo una crítica razonada del fallo del juez federal. La primera cuestión que analiza y explica está referida al concepto de tratamiento compasivo, expresión dentro de la cual se pueden distinguir dos situaciones: estudio de uso compasivo y uso compasivo de medicamentos.

Ciruzzi señala que el estudio de uso compasivo es una manera de

⁷³⁸ <https://www.telam.com.ar/notas/202101/541225-califican-de-mala-praxis-judicial-al-fallo-que-autorizo-el-tratamiento-con-dioxido-de-cloro.html>.

⁷³⁹ CIRUZZI, M. (2021). “El juez, el médico, el abogado, el subrogante y el paciente: la maleficencia de la ignorancia”. En *Microjuris.com*.

administrar una terapia experimental a un paciente que no reúne las condiciones para recibir el tratamiento en un estudio clínico, pero que padece de una enfermedad grave o que pone en peligro su vida y para la cual no se cuenta con otros tratamientos.

Por su parte, el uso compasivo de medicamentos consiste en la utilización –en pacientes aislados, y al margen de un ensayo clínico– de medicamentos en investigación, incluidas especialidades farmacéuticas para indicaciones o condiciones de uso distintas de las autorizadas, cuando el médico –bajo su exclusiva responsabilidad– considere indispensable su utilización.

En ese sentido, aclara que, desde el punto de vista bioético, se ha considerado que el uso compasivo (ya sea de un medicamento o de un tratamiento) por el hecho de serlo, no autoriza ni justifica a evadir o desconocer los principios fundamentales que regulan la práctica asistencial y la investigación clínica.

A continuación, explica en qué consistía el tratamiento indicado por el médico tratante del paciente del Sanatorio Otamendi: a) nebulizaciones con ibuprofeno y b) administración por vía de solución de dióxido de cloro.

- a) El ibuprofeno inhalado (o nebulización de ibuprofeno) es una alternativa que se viene investigando desde hace unos años para abordar el proceso inflamatorio que se produce en el pulmón en enfermedades como la fibrosis quística o –en la actualidad– el coronavirus SARS-CoV-2. Por el momento, es un ensayo clínico fase II cuyo objetivo es evaluar la eficacia y seguridad del potencial tratamiento. En consecuencia, la única forma en la que el paciente podría haber accedido a dicho tratamiento experimental era incorporándose al ensayo clínico en las condiciones de procedencia, por lo que sostiene que el tribunal de justicia no es el lugar apropiado para decidir tal cuestión.
- b) El dióxido de cloro es un potente agente oxidante que se añade

al agua para desinfectarla y para mejorar su sabor y olor. Es un gas de color amarillo o amarillo-rojizo que se descompone rápidamente en el aire. No se da de forma natural en el ambiente, sino que es producido en forma sintética. Debido a que es un gas peligroso, el dióxido de cloro siempre se manufactura en el lugar donde habrá de usarse. Se emplea como blanqueante en la industria de fabricación del papel y como desinfectante en el agua o en las superficies; también se usa para descontaminar edificios públicos. El dióxido de cloro es soluble en agua y reacciona rápidamente con otros compuestos. Cuando reacciona en el agua, el dióxido de cloro forma iones de clorito, los cuales son también sustancias muy reactivas. La alta reactividad del dióxido de cloro le permite matar bacterias y otros microorganismos en el agua. Podemos apreciar que el dióxido de cloro es una sustancia, no es un medicamento ni un tratamiento médico, mucho menos está destinado al consumo humano ni se adquiere en farmacias.

La Organización Panamericana de la Salud expresamente ha informado que “no recomienda utilizar productos a base de dióxido de cloro o clorito de sodio por vía oral o parenteral (intravenosa, intrarterial, intramuscular y subcutánea) en pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19, ni en ningún otro caso, porque no hay evidencia sobre su eficacia, y la ingesta o inhalación de estos productos podría ocasionar graves efectos adversos”.

También la Asociación Toxicológica Argentina emitió un comunicado⁷⁴⁰ en el cual informa que

la ingesta de estos preparados de dióxido de cloro y/o clorito de sodio pueden

⁷⁴⁰ <https://toxicologia.org.ar/alertan-sobre-el-consumo-de-dioxido-de-cloro-como-medicamento-para-prevenir-el-covid-19/>.

provocar cuadros digestivos irritativos severos, con la presencia de náuseas, vómitos y diarreas, además de graves trastornos hematológicos (metahemoglobinemias, hemósis, etc.), cardiovasculares y renales, entre otros. Su inhalación, a través de nebulizaciones, por ejemplo, también implicaría riesgos de broncoespasmo, neumonitis química y edema de glotis. Las sociedades científicas alertamos a la población sobre la ingesta o inhalación de estos productos, que pueden poner en peligro la salud de las personas y a la vez retrasar la atención médica oportuna, sumado a que ni el dióxido de cloro, ni el clorito de sodio han demostrado ser productos seguros o eficaces para tratar ninguna enfermedad, incluida la COVID-19.

Lo mismo afirmó la ANMAT⁷⁴¹ el 4 de agosto de 2020, destacando que “el producto mencionado no cuenta con estudios que demuestren su eficacia y no posee autorización alguna por parte de este organismo para su comercialización y uso”.

La Sociedad Argentina de Pediatría⁷⁴² también se expresó, a través de su Comité Nacional de Salud Infantil y Ambiente, con relación a esta sustancia tóxica, relatando los efectos perniciosos de su ingesta o inhalación en el caso de los niños.

En consecuencia, y determinada que la indicación médica de ibuprofeno nebulizado y de dióxido de cloro para el tratamiento de un paciente que padecía COVID-19 carece de la inserción legal y sustento científico válido, la Dra. Ciruzzi hace una valoración de la decisión del magistrado federal actuante. Y dice que, cuando se judicializa una acción médica, el juez está obligado a recabar el sustento científico que acompañe e ilumine su decisión jurídica. Por ello no debe prescindir del consejo de

⁷⁴¹ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/dioxido-de-cloro-anmat-recomienda-no-consumir-medicamentos-no-autorizados>.

⁷⁴² https://www.sap.org.ar/uploads/documentos/documentos_comunicado-cd-dioxido-de-cloro-237.pdf.

experto. De lo contrario, su decisión será arbitraria, lo cual la fulminaría en su constitucionalidad como acto jurisdiccional válido.

Y, si bien el juez respalda su decisión en la indicación médica, lo cierto es que podría haber acudido al consejo experto del Cuerpo Médico Forense, o consultado al propio Ministerio de Salud de la Nación o recurrido a las sociedades científicas con competencia en la materia.

La gravedad del caso traído a su entendimiento exigía prudencia y sabiduría. La premura de una medida cautelar, su instrumentación inaudita parte, no constituía justificación alguna para que el juez no se hubiera asesorado convenientemente.

Concluye diciendo que tanto la decisión judicial como la petición familiar en ambos casos

plantean una falsa dicotomía entre “protección del derecho a la vida y la salud” vs. “acceso a un tratamiento efectivo”. Simplemente porque tal confrontación no existe: no hay –en el conocimiento científico actual– un tratamiento efectivo para el padecimiento del actor. No se le niega el acceso a una alternativa terapéutica válida: no se conoce científicamente una alternativa terapéutica válida. La ciencia no se ha pronunciado, mal puede el derecho obligarla a tomar partido o sancionar jurídicamente la ausencia de evidencia.

Y finalmente dice que

resulta entendible que el propio actor quiera obviar cualquier requisito que perciba como burocrático porque le impide satisfacer su necesidad de contar con un tratamiento que él cree puede ser efectivo. Pero no puede admitirse que el propio Estado, a través de uno de sus poderes y que a la sazón es el llamado a “interpretar el derecho”, propugne subvertir el orden jurídico y ético, aún cuando el móvil que lo guía sea noble y encomiable.

Por otra parte, para el Dr. Marcos Ibarra, en su ponencia del 23 de marzo de 2021 en el marco del “Ciclo de Actualización en Jurisprudencia en

Salud durante la Pandemia”,⁷⁴³ organizado por el Observatorio de Derecho a la Salud de la UBA, sostiene que lo que marca la diferencia a la hora de resolver estos casos es la gestión de la información.

El origen del problema, entonces, radicaría en saber por qué se llega a la instancia de que la Justicia deba decidir sobre autorizar o no a tratar a estos pacientes con una sustancia que no está autorizada para el uso humano como lo es el dióxido de cloro.

Sostiene que en el contexto de la época que nos toca vivir, donde parecemos estar más preocupados por aumentar el conocimiento, lo que deberíamos aprender es a gestionar el desconocimiento: la verosimilitud de buen derecho en el caso del Sanatorio Otamendi implicaba justamente gestionar la información en un contexto de urgencia e incertidumbre (normativas técnico-científicas).

La pandemia nos presentó una situación en la cual las certezas y el conocimiento seguro representaron una ínfima parte del conocimiento disponible para decidir. En consecuencia, para el Dr. Ibarra, la complejidad de la salud y la fragilidad del conocimiento científico (en términos de cantidad de conocimiento seguro) nos tendría que llevar a pensar en cómo gestionamos no ya lo que conocemos, sino lo que no conocemos, y ahí entra el desconocimiento que tenemos de los tratamientos para COVID-19, por ejemplo.

En otra época, el médico o una campaña ministerial brindaban la información con el objeto de eliminar el desconocimiento. En la actualidad, es más lo que desconocemos que lo que sabemos, por lo que a lo que se debe apuntar es a entender y gestionar la información disponible.

Y eso, en términos jurídicos, implica empezar a hablar del derecho a la comunicación sanitaria, un puente entre el derecho de la comunicación y el derecho de la salud: el paciente ya no tiene un derecho a

⁷⁴³ Ciclo de Actualización en Jurisprudencia en Salud durante la Pandemia realizado el 23/03/2021. Dirección académica: Marisa Aizenberg (Observatorio de Derecho de la Salud – Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires).

recibir información sobre su salud, sino herramientas para gestionar esa información, para buscar, para contrastar, para entender.

Entonces, como no podemos obligar al juez a saber todo, y menos aún temas específicos como la salud, lo decisivo en este tiempo será la gestión del no saber. Esto, según lo plantea el Dr. Ibarra, nos va a llevar a pensar el derecho de la comunicación como un derecho que atraviesa a otros, la salud, por ejemplo, y que es atravesado por otros, un derecho a emitir y recibir información, pero también un derecho de supervivencia, sobre todo para grupos especialmente vulnerables (el paciente de hoy es vulnerable a los nuevos contornos de la comunicación y salud), minorías sexuales, étnicas, etc.

A continuación, plantea una cuestión “áspera”: la discusión por la libertad de expresión:

¿Cualquier persona puede publicar su opinión libremente por cualquier medio, aunque esto cause un daño a otro? Algunas posturas clásicas dirían que el Estado debe abstenerse de censurar. La pregunta es si, en casos como el CDS, ¿no podrían haberse evitado con un rol protagónico del Estado como garante de la verdad? ¿Existirá una excepcional posibilidad de silenciar unas voces para que se oigan otras y así cuidar las vidas?

Esto que plantea el Dr. Ibarra tiene una relación directa con una situación que se transmitió por televisión y que generó una gran repercusión en la sociedad. El hecho, ocurrido el 6 de agosto de 2020, registró a la periodista Viviana Canosa cuando tomó –lo que dijo ser– dióxido de cloro, obviando las recomendaciones hechas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) e incluso las de ANMAT.

Tras beber el líquido, Canosa aseguró que el CDS “oxigena la sangre”. Consultado por el sitio *Chequeado.com*,⁷⁴⁴ Luis Baraldo, doctor

⁷⁴⁴ <https://chequeado.com/el-explicador/viviana-canosa-tomo-dioxido-de-cloro-en-vivo-pero-esa-sustancia-es-perjudicial-para-la-salud/>.

en Ciencias Químicas y vicedecano de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la Universidad de Buenos Aires (UBA), dijo que esa afirmación “es un disparate”. “No conozco ninguna evidencia de que el ClO₂ (dióxido de cloro) forme O₂ (oxígeno)”, concluyó. Baraldo explicó que “el dióxido de cloro es un oxidante energético y poco selectivo. Sirve para atacar al virus en una superficie inerte como una mesada o una pileta, pero en nuestro cuerpo es reactivo frente a las moléculas que constituyen el organismo”. En ese sentido, afirmó: “No es para nada recomendable ingerirlo porque el dióxido de cloro no va a distinguir entre el virus y nuestros tejidos” sino que “va a reaccionar sin distinguir contra muchas moléculas, algunas del virus, otras de nuestras vías respiratorias”.

La Defensoría del Público,⁷⁴⁵ órgano sin poder sancionatorio, recibió más de 20 reclamos de las audiencias sobre la actitud de Canosa, que violó el artículo 70 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, que considera que el derecho humano a la comunicación se encuentra íntimamente ligado a la protección de la salud de las personas.

La conductora también incumplió el artículo 71 de la misma ley, que exige a quienes producen o emiten contenidos y/o publicidad, velar por el cumplimiento de las leyes, específicamente la Ley 25.926 sobre pautas para la difusión de temas vinculados con la salud.

Luego de un análisis interdisciplinario, el informe técnico de la Defensoría señala que Canosa promocionó una sustancia que, según la Organización Panamericana de la Salud (OPS), “reacciona rápidamente en los tejidos, en esófago y estómago y puede producir intoxicaciones severas”, y advierte también sobre el riesgo del dióxido de cloro. Su consumo puede traer como consecuencia “trastornos hematológicos, cardiovasculares y renales”.

Frente a lo ocurrido, el organismo convocó a la producción a dialogar sobre “la vulneración de derechos de las audiencias, en particular el

⁷⁴⁵ <https://defensadelpublico.gob.ar/consumir-dioxido-de-cloro-en-television-es-infodemia/>.

derecho a una información veraz y precisa para la protección de la salud”. Y también pidió que en el programa “Nada personal” se habiliten “medidas reparatorias” para “restaurar la plena vigencia de los derechos vulnerados”, como la difusión a cargo de especialistas en la materia de información con validez científica.

Otras noticias de gravedad se dieron a conocer vinculadas con la ingesta de dióxido de cloro.⁷⁴⁶ Por una parte, la muerte de un niño de cinco años en Neuquén en agosto del 2020, luego de ingerir el día anterior dióxido de cloro que “habría sido administrado por los padres” con la falsa idea de que les serviría para “prevenir el coronavirus”. Los padres ingresaron al hospital con el niño y les dijeron a los médicos que le habían dado de tomar 700 mililitros de dióxido de cloro, según fuentes del Hospital de Plottier.

El primer informe de la autopsia determinó que el niño falleció por un “fallo multiorgánico”, pero no pudo determinar los motivos, y por esa razón la fiscal Sandra Ruixo, que investigaba el caso, ordenó la intervención de una junta médica. La junta analizó los resultados de la autopsia y estudios bioquímicos, y respondió tres aspectos que consultó la representante del Ministerio Público Fiscal: “1) Causa del fallo multiorgánico revelado por la autopsia; 2) En caso de haber sido originado por una intoxicación, cuál fue la sustancia que lo produjo; 3) Si esa sustancia es compatible con dióxido de cloro”, afirmó un comunicado oficial. El texto explicó que “sobre el primer punto, la junta médica sostuvo que una etiología tóxica sería compatible con el cuadro descripto”; respecto al segundo, “puede inferirse la ingesta de una sustancia química cáustica”; y sobre el tercero que “los hallazgos descriptos son compatibles con la ingesta de dicho producto, en referencia al dióxido de cloro”.⁷⁴⁷

⁷⁴⁶ <https://www.telam.com.ar/notas/202101/541391-fallo-justicia-dioxido-de-cloro-justicia-investigacion.html>

⁷⁴⁷ <https://www.telam.com.ar/notas/202008/507825-ingesta-dioxido-cloro-muerte-nino-neuquen.html>

Tras conocerse aquella muerte, el Ministerio de Salud reseñó que la utilización de dióxido de cloro para el tratamiento de COVID-19 u otras enfermedades “no cuenta con estudios que demuestren su eficacia y no posee autorización”.

Al hecho sucedido en Neuquén se sumó otro registrado esa misma semana en Jujuy, donde se conoció el caso de un hombre de 50 años que falleció en la localidad de San Pedro, también presuntamente luego de ingerir dióxido de cloro, y a dos casos de intoxicaciones severas de dos mujeres de 36 y 33 años en la provincia de Mendoza, en los meses de mayo y julio, respectivamente.

Por todo lo expuesto, según expresaba el Dr. Ibarra en su conclusión, se pone en evidencia que, en el campo comunicación y salud, y sobre todo en sus posibilidades de mejorar la salud de todos nosotros, tendrán que existir decisiones políticas, un correcto entramado de normas y, sobre todo, el convencimiento de la sociedad de que estas correcciones son en su propio beneficio. Si se garantiza la accesibilidad a la información a través de un programa de acceso gratuito a internet, se está garantizando el acceso a información sanitaria.

IV. La protección del derecho a la salud^{748, 749}

En la actualidad, ha quedado definitivamente superado el concepto tradicional de salud como mera ausencia de enfermedad. La Organización Mundial de la Salud (OMS) nos ha brindado un concepto más abarcativo, que entiende a la salud como un estado de bienestar físico,

⁷⁴⁸ TRUCCO, M. (2017) “La Protección de la Salud en la legislación argentina: encuadre nacional e internacional”. Publicación del Ministerio de Salud de la Nación del 25/4/2017.

⁷⁴⁹ GÓMEZ HAISS, D. (2017). “La salud como derecho humano y social de primer orden”. En *Microjuris.com*.

mental y social, es decir, una armonía y equilibrio entre la persona y el medio que lo rodea y en el cual ésta se desenvuelve y persigue el desarrollo de su plenitud.

Así concebida, la salud adquiere el carácter de derecho humano fundamental, cuyo titular es todo ser humano sin discriminaciones, pudiendo exigir el resguardo de su protección al Estado, encargado de tutelar y garantizar los derechos fundamentales que hacen a la propia dignidad de la persona. El carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos hace que el derecho a la salud esté íntimamente vinculado al derecho a la vida, a la integridad física, al gozar de un ambiente sano, a la información, a la libertad, etcétera.

La normativa internacional exige a los Estados establecer políticas y planes de acción sustentables destinados a que todas las personas tengan real acceso a la atención de la salud en el plazo más breve posible.

Al respecto, la Observación General N° 14 (2000), del 22° período de sesiones, Ginebra, del 25 de abril al 12 de mayo de 2000, bajo el título “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)” ha establecido lo siguiente:

1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.

8. El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades, figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genética, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido

a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

En los fallos analizados se hace referencia a algunas normativas relacionadas con el derecho a la salud, tanto en el ordenamiento nacional como en el internacional.

El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos enuncia: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, a sí mismo, como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dice en su artículo XI: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

En tanto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en su artículo 12 establece lo siguiente:

1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Parte en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a. La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b. El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c. La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d. La creación de condiciones que aseguren a todos, asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad.

Asimismo, nuestra Constitución Nacional hace referencia a la protección de los derechos de la salud del ser humano en su artículo 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”.

El citado artículo 42 resulta compatible con la protección integral de la persona humana, puesto que el amparo de la salud es una derivación del derecho a la vida y a la integridad física de la persona humana, también reconocido en los contextos internacionales y constitucionales.

Por otra parte, la Ley 26.529 (“Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado”) establece en su Capítulo I, “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”, en el apartado “Derechos del paciente”:

Artículo 2: Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efecto de que se trate, los siguientes: a. Asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a ser asistidos por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante solo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente; b. Trato digno y respetuoso. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes.

Por último, cabe mencionar que un aspecto relevante para la regulación normativa del derecho a la salud fue la adopción en el 2005 por parte de la UNESCO, de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Los principios acordados en dicho instrumento han servido de guía para la inclusión de sus postulados en el nuevo Código Civil y Comercial y en la mayoría de las leyes argentinas.

Dicha Declaración invita a los Estados a adoptar políticas y legislaciones en materia de salud y bioética, teniendo especial consideración por la dignidad de la persona, en consonancia con los valores y postulados que inspiran al derecho internacional de los derechos humanos, priorizando la necesidad de consensos y diálogos pluralistas sobre temas de bioética y haciendo especial hincapié en que los adelantos científicos se realicen en el marco de los principios éticos enunciados en la Declaración.

Estos principios se edifican en el respeto por la dignidad de la persona humana. Su bienestar debe tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad. Es una clara aplicación del principio *pro homine* que inspira y articula la interpretación de los derechos humanos en su conjunto.

A su vez, el instrumento rescata como principios orientadores el respeto por la autonomía de las personas y la obligación de que toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica, como así también toda investigación científica, solo habrá de llevarse a cabo con previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada.

En igual sentido, la Declaración insiste en el respeto por la igualdad y la no discriminación, evitando toda estigmatización de la persona, respetando en todo momento la privacidad de la información que se vincule con su salud.

Asimismo, el instrumento hace un fuerte llamado a los gobiernos a la adopción de políticas públicas concretas

teniendo en cuenta que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr

es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social, los progresos de la ciencia y la tecnología deberían fomentar, entre otros, el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales, especialmente para la salud de las mujeres y los niños, ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano.

Los principios mencionados en la Declaración van a tener un correlato y una aplicación práctica en la sanción del Código Civil y Comercial en nuestro país. La nueva normativa nacional hace suyos varios de los postulados internacionales, contemplando en varios artículos aspectos esenciales para la protección de la salud y la dignidad de la persona. El Código Civil y Comercial de la Nación asume la inviolabilidad de la persona humana y la obligación de respeto a su dignidad. En ese sentido, vamos a encontrar en el Código varias disposiciones que se relacionan con la protección de la salud en un sentido amplio, por ejemplo, en el artículo 56 se prohíben los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona. También el Código establece, en el artículo 59, la obligación de obtener el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud, considerando a aquel como la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada. Por otra parte, en el artículo 60 se regulan las “directivas médicas anticipadas”, mediante las cuales el legislador establece que “la persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela”.

V. La salud y la medicina en Roma

V. a) La medicina romana⁷⁵⁰

La medicina romana era esencialmente griega, pero los romanos hicieron tres contribuciones fundamentales: los hospitales militares, el saneamiento ambiental y la legislación de la práctica y de la enseñanza médica. Los romanos hicieron gran uso de la medicina tradicional y natural. Se destacaron como médicos Galeno y Celso, que hicieron importantes aportes que se extienden hasta la actualidad.

Al principio no existía la profesión como tal y las enfermedades se curaban con plantas medicinales prescritas por el *paterfamilias*. También era usado el *incubatio*, donde el enfermo pasaba la noche en el templo del dios sanador, que en sueños le indicaba los pasos a seguir para sanar. En la colina del Quirinal había un templo a *Dea Salus*, la deidad que reinaba sobre todas las relacionadas con la enfermedad: *Febris*, la diosa de la fiebre; *Uterina*, que cuidaba de la ginecología; *Lucina*, encargada de los partos; y *Fessonia*, señora de la debilidad y de la astenia, etc.

- 1) Los hospitales militares o *valetudinaria* se desarrollaron como respuesta a una necesidad impuesta por el crecimiento progresivo de la República y del Imperio. Al principio, cuando las batallas se libraban en las cercanías de Roma, los enfermos y heridos se transportaban a la ciudad y ahí eran atendidos en las casas de los patricios. Cuando las acciones empezaron a ocurrir más lejos, sobre todo cuando la expansión territorial sacó a las legiones romanas de Italia, el problema de la atención a los heridos se resolvió cuando crearon un espacio especialmente dedicado a ellos dentro del campo militar. La arquitectura de los *valetudinarias*

⁷⁵⁰ FERNÁNDEZ FERRIOL, C., FERRIOL RODRÍGUEZ, M. y FLEITES, C. (2018). "Roma: Imperio, Cultura y Medicina." En *Revista Acta Médica del Centro*, Vol. 12, Nº 2.

era siempre la misma: un corredor central e hileras a ambos lados de pequeñas salas, cada una con capacidad para cuatro o cinco personas. Estos hospitales fueron las primeras instituciones diseñadas para atender heridos y enfermos; los hospitales civiles no se desarrollaron sino hasta el siglo IV d. C. y fueron producto de la piedad cristiana.

- 2) El saneamiento ambiental se desarrolló muy temprano en Roma, gracias a las obras de la *cloaca máxima*, un sistema de drenaje que se vaciaba en el río Tíber y que data del siglo VI a. C. En la Ley de las Doce Tablas (450 a. C.) se prohíben los entierros dentro de los límites de la ciudad y se recuerda a los ediles su responsabilidad en la limpieza de las calles y en la distribución del agua. El aporte de agua se hacía por medio de 14 grandes acueductos que proporcionaban más de 1.000 millones de litros de agua al día. La distribución a fuentes, cisternas y a casas particulares era excelente, pero en los barrios menos opulentos no era tan buena. En general, las condiciones de higiene ambiental en Roma eran tan buenas como podía esperarse de un pueblo que desconocía por completo la existencia de los microbios.
- 3) Durante la República, la mayoría de los médicos eran esclavos o griegos, o sea, sujetos a una posición subordinada. Estaban organizados de una manera que puede considerarse precursora de las modernas especialidades: médicos generales (*medici*), cirujanos (*medicivulnerum, chirurgi*), oculistas (*medici ab oculis*), dentistas y especialistas en el oído. No existía una titulación oficial requerida para ejercer la medicina, pero Julio César concedió la ciudadanía a todos los que la ejercían en Roma y estableció un cupo máximo de médicos en cada ciudad.

Se estableció un servicio médico público. La ciudad contrataba a los médicos y les proporcionaba local e instrumentos para que atendieran,

en forma gratuita, a cualquier persona que solicitara su ayuda. Los salarios de estos profesionales los fijaban los consejeros municipales. También se creó el servicio médico de la casa imperial, el *medicus palatinus*, y muchos patricios tenían a su servicio a médicos para que atendieran a sus familias.

Entre los médicos griegos y romanos que ejercían en el Imperio se distinguían cuatro escuelas:

- Los dogmáticos reconocían como su fundador a Herófilo, aprobaban el estudio de la anatomía por medio de las disecciones y consideraban que las teorías sobre las causas de la enfermedad eran la esencia de la medicina: el desequilibrio de los elementos, los humores del pneuma, la migración de la sangre a los vasos que llevan el pneuma y el bloqueo de los canales del cuerpo por “átomos”.
- Los empíricos nombraban a Erasítrato como su antecesor y se oponían a las disecciones, porque rechazaban la importancia de la anatomía en la medicina. Su postura era que no debían buscarse las causas de las enfermedades porque las inmediatas eran obvias y las oscuras eran imposibles de establecer y, por lo tanto, la comprensión de cosas como el pulso, la digestión o la respiración eran inútiles. Lo más importante en medicina era la experiencia personal del médico con su paciente y lo que debía hacer era recoger los síntomas y tratarlos uno a uno usando los remedios que se habían demostrado efectivos en el pasado.
- Los metodistas también rechazaban todas las hipótesis y las teorías sobre las causas de la enfermedad, pero en cambio sostenían que solo había unas cuantas circunstancias que eran comunes a muchas enfermedades que debían ser manejadas, principalmente, por medio de dietas.
- Los neumatistas eran inicialmente dogmáticos, pero se separaron

de esa secta porque consideraron que la sustancia fundamental de la vida era el pneuma y que la causa única de las enfermedades eran sus trastornos en el organismo, desencadenados por un desequilibrio de los humores.

V. b) Las mujeres y la medicina en Roma⁷⁵¹

Numerosos testimonios escritos informan sobre la existencia en Roma de mujeres que ejercían la medicina, y no estaba su práctica solamente limitada a las afecciones femeninas propiamente dichas. También abarcaban otros sectores, aunque fueron la ginecología y la obstetricia donde más se destacaron.

Podemos distinguir tres categorías de médicas:

- 1) La *Obstetrix* (literalmente, “la que se coloca delante”, en una alusión obvia a la posición que ocupa la comadrona en el parto). Su función principal era asistir a las parturientas, aunque, a veces, también administraban drogas para provocar abortos o lograr la fertilidad. Curiosamente, otra de sus funciones era mediar en disputas legales ligadas a herederos póstumos o con las mujeres que decían no estar embarazadas en los divorcios, para privar de un heredero a su exmarido. También corroboraban la virginidad de las esclavas jóvenes (con el cristianismo pasarán a hacer lo mismo, pero con las aspirantes a órdenes religiosas, a las que se exigía demostrar que eran vírgenes).
- 2) La *Medicae*. Aunque era difícil diferenciar entre éstas y las anteriores, se suele aceptar que las *medicae* tenían mayor nivel de instrucción. Además, no limitaban su campo de práctica a la

⁷⁵¹ “La Medicina en la Antigua Roma,” *Revista de Historia* ISSN 2385-5312.

ginecología y la obstetricia, sino que se ocupaban también de otros sectores de la medicina

- 3) La *Iatromea*. No queda nada claro en ningún estudio cuáles eran las funciones o grado de instrucción de estas profesionales. Parecería que estaban en un rango intermedio entre las *obstetrix* y las *medicae*, lo que implicaría el conocimiento de ambas disciplinas.

V. c) Los médicos romanos: Galeno y Celso⁷⁵²

Claudio Galeno (130-200 d. C.) nació en Pérgamo, tres años después de que esa ciudad griega fuera conquistada por los romanos. A los 16 años ingresó como aprendiz de Sátiro, un médico local. Cinco años después murió Nicón, que le dejó a Galeno recursos suficientes para que nunca tuviera preocupaciones económicas. A los 21 años viajó para estudiar medicina, primero a Esmirna, después a Corinto y finalmente a Alejandría, donde permaneció más tiempo para estudiar anatomía, en la que llegó a ser un experto a pesar de que no realizó disecciones en humanos. Al cabo de casi 12 años de ausencia, regresó a Pérgamo y fue nombrado cirujano de los gladiadores, puesto que desempeñó con gran éxito. Posteriormente viajó a Roma, donde permaneció el resto de su vida. Allí se desempeñó con mérito, al principio como anatomista y experimentador y luego como médico y polemista.

Sus escritos son los más voluminosos de toda la antigüedad. Ocupan 22 gruesos volúmenes en la única edición que existe, pero solo reúnen dos terceras partes de la obra, pues el resto se ha perdido.

Galeno abarca absolutamente toda la medicina. Sus textos representan una síntesis del conocimiento médico antiguo y algo más,

⁷⁵² FERNÁNDEZ FERRIOL, FERRIOL RODRÍGUEZ y FLEITES, *op. cit.*

contienen varios esquemas generales que posteriormente fueron copiados, interpretados, comentados y elaborados por un ejército de traductores y comentaristas a lo largo de toda la Edad Media y hasta el Renacimiento.

La obra de Galeno constituye la cumbre de la medicina antigua y el legado más importante al aceptar la unidad sistemática: estudia el concepto, la estructura del enfermo, la etiología, los síntomas, clasifica y ordena las enfermedades, que para él tienen tres causas: externas, internas y conjuntas.

En la terapia galénica hay lugar para la higiene, la gimnasia, los ejercicios respiratorios y la dieta.

Los escritos de Galeno sobre medicina, filosofía y ética reflejan su creencia en Dios. Declaró que el cuerpo es un instrumento del alma, el fundamental principio de la vida y, en su psicología, el *pneuma* (aire-aliento) y el alma fueron muy importantes.

Galeno y sus escritos influyeron por más de mil años, pese a los muchos errores que fueron aclarados y corregidos. A pesar de lo complicados, sus textos enciclopédicos fueron la fuente principal del saber médico hasta la actualidad. Su obra fue prácticamente indiscutida durante más de un milenio y es el símbolo de la medicina de todos los tiempos.

Aulo Cornelio Celso (25 a. C.-50 d. C.)⁷⁵³ fue un escritor médico romano del siglo I y el autor de *De medicina* (Sobre la medicina), considerado uno de los tratados médicos más importantes de la Antigüedad tardía. El arreglo enciclopédico de la obra sigue la división tripartita de la medicina de la época, establecida por Hipócrates y Asclepiades: dieta, farmacología y cirugía, y muestra un nivel de conocimientos médicos notable para su tiempo.

Celso suministra la primera visión integral sobre la historia de la medicina. También le somos deudores de valiosos conocimientos sobre la medicina helenística, y constituye la mejor fuente de información

⁷⁵³ <https://www.wdl.org/es/item/11618/>.

sobre la escuela de medicina de Alejandría y la cirugía alejandrina. A él se le debe la introducción de la nomenclatura latina. Fue un fiel seguidor de Hipócrates, incluso en el campo de la ética. También destacó la importancia del estudio anatómico como disciplina básica para la formación del médico.

Entre sus grandes aportes figura la descripción de los cuatros signos cardinales de la inflamación. También realiza un excelente análisis clínico de la malaria, además de otras descripciones quirúrgicas. Otras contribuciones importantes fueron la de la gota y la proscripción de la sal en las enfermedades renales. También se le debe el conocimiento sobre los instrumentos quirúrgicos utilizados en esa época. Destacó la importancia de la “materia médica” y de la terapéutica medicamentosa.

Se lo llamó “El Cicerón de la medicina” porque escribió la historia de esta disciplina desde los recuerdos más elementales de los pueblos primitivos a la medicina hipocrática y alejandrina.

Celso decía que “el arte de curar debe descansar sobre bases científicas, apoyarse en causas manifiestas y rechazar las causas ocultas”.

V. d) Pestes en Roma

Muchas son las noticias que nos informan sobre las diversas enfermedades y epidemias que afectaron a las distintas poblaciones durante la Antigüedad. Entre las más destacadas cabe mencionar la peste de Atenas del 431-429 a. C.; una fuerte epidemia que azotó a la península itálica y a la propia Roma en el año 43 a. C.; otra epidemia en el año 65, bajo el gobierno de Nerón.⁷⁵⁴

⁷⁵⁴ LAS HERAS GONZÁLEZ, A. (2017). “La medicina en la Antigüedad tardía: una aproximación a partir de las fuentes escritas”. En *Ars Médica. La medicina en época romana*, Tarragona: Ediciones URV.

El Imperio romano sufrió entre el siglo II y III dos grandes pestes: la peste antonina y la peste de Cipriano.⁷⁵⁵

La llamada peste antonina, ocurrida a finales del siglo II, durante el gobierno del emperador Marco Aurelio (161-180 d. C), se destacó por su carácter global debido a que afectó múltiples dimensiones del mundo romano. Se estima que la tasa de mortalidad estuvo en un rango de 5 a 15% de la población de la época, lo que significó unos cinco millones de muertos aproximadamente, entre ellos, el propio emperador Marco Aurelio. La evidencia permite señalar que se trató de una pandemia asociada a la viruela. Su impacto en toda la sociedad hizo concluir una época de oro y dio paso al caótico siglo III.

Una vez superada la grave crisis social derivada de la viruela antonina nada hacía presagiar que, en menos de un siglo, nuevamente el Imperio romano se viera sacudido por una pandemia, la llamada peste de Cipriano, denominada así por ser descrita por el obispo Cipriano de Cartago, uno de los primeros líderes cristianos. Esta pandemia, al igual que la peste antonina medio siglo antes, agravó la situación en que se encontraba el orden político, social, económico y cultural alterando todas las grandes estructuras del Imperio romano.

Mientras la principal y más importante consecuencia de la peste antonina fue la alteración de la estructura productiva con efectos importantes en la economía del Imperio, la consecuencia más importante de la peste cipriana se produjo en el aspecto ideológico-religioso. El Estado romano, pagano, optó por enfrentar la pandemia pidiendo ayuda a sus dioses. La peste se tradujo en una fuerte querrela religiosa: los paganos culpaban a los cristianos, y viceversa, de ser los instigadores de la peste. Los observadores cristianos insistieron que la peste era un castigo para los judíos y paganos por sus males provocados por perseguir al cristianismo.

⁷⁵⁵ SAÉZ GEOFFROY, A. y PARRA DÍAZ, J. (2020). "De la Peste Antonina a la Peste de Cipriano. Alcances y consecuencias de las pestes globales en el Imperio Romano en el siglo III d. C." En *Revista Chilena de Infectología*, Vol. 37, N° 4.

Otro ejemplo realmente significativo fue la peste bubónica.⁷⁵⁶ Juan de Éfeso señala el primer brote de peste de este ciclo ocurrido en Constantinopla en los años 541-543. Destaca, en su descripción, cómo la peste dejó asoladas y sin habitantes diversas partes del Imperio, atacando por igual a ricos y pobres, y dejando villas, pueblos y ciudades sin habitantes.

El principal problema en la capital, según el autor, eran los cuerpos sin enterrar de las personas, que se morían en las calles, en las iglesias, en los porches y en las esquinas. El historiador bizantino Procopio de Cesarea registró que, en su clímax, la peste llegó a matar hasta 10.000 personas diariamente en la ciudad, aunque esta cantidad no se puede comprobar.

Las respuestas de las autoridades imperiales ante estos hechos fueron las siguientes: por un lado, realizaron un recuento de muertos, y por otro, organizaron cementerios especiales para enterrar a las víctimas. Juan de Éfeso señala cómo había diversos barcos, que se dedicaban a sacar los cuerpos de la ciudad y colocarlos en lugares especiales escogidos para ello. Al principio, las medidas de desalojo de cadáveres consistieron en llenar los barcos de éstos y lanzarlos al mar.

Después, el emperador Justiniano decidió disponer grandes fosas comunes para depositar los cadáveres al otro lado del mar, en las afueras de la ciudad, en el norte, al otro lado del Cuerno de Oro.

VI. Conclusiones

Como manifiesta la Dra. Guadalupe Nogués⁷⁵⁷ en su libro *Pensar*

⁷⁵⁶ <https://www.nuevatribuna.es/articulo/cultura---ocio/plagas-plagadejustiniano-historia-cultura-pandemia-imperioromano/20200324161047172561.html>.

⁷⁵⁷ Doctora en Ciencias Biológicas por la Universidad de Buenos Aires. Se dedicó a la investigación científica en biología molecular durante más de una década. Desde hace años

*con otros*⁷⁵⁸

las opiniones sobre temas fácticos solo valen cuando están basadas en evidencia. Para obtener evidencias, se necesita realizar una investigación científica que cumpla determinadas reglas para dar resultados confiables. Cuando es así, no solo dejan de ser meras opiniones, sino que deja de ser importante quién es el emisor. La ciencia es un cómo, no un qué, y mucho menos, un quién.

Tal como sostenía Celso, “el arte de curar debe descansar sobre bases científicas, apoyarse en causas manifiestas y rechazar las causas ocultas”.⁷⁵⁹

Sin embargo, continuando con la Dra. Nogués, vivimos en una época donde los medios de comunicación tradicionales están siendo desplazados por nuevas formas de acceso a la información, como lo son las redes sociales, que han hecho más sencillo que antes compartir noticias tanto ciertas como falsas. Entonces, tenemos por un lado una capacidad de generar y consumir contenido de manera paralela a los medios de comunicación tradicionales, y eso nos da independencia y libertad. Y por el otro, a veces se vuelve especialmente difícil saber qué valor darle a cada información en particular.

Este aspecto adquiere una relevancia fundamental cuando se trata de información vinculada con la salud. A tal punto que la divulgación de

trabaja en educación formal en ciencias y en educación no formal como coordinadora. Se dedica a la comunicación en temas vinculados con las ciencias, las políticas públicas, la posverdad, la salud y el uso de evidencias a través de un blog personal, artículos de divulgación, participaciones en debates y apariciones en los medios. SAÉZ GEOFFROY, A. y PARRA DÍAZ, J. (2020). “De la Peste Antonina a la Peste de Cipriano. Alcances y consecuencias de las pestes globales en el Imperio Romano en el siglo III d. C.” En *Revista Chilena de Infectología*, Vol. 37, N° 4.

⁷⁵⁸ NOGUÉS, G. (2018). *Pensar con otros: Una guía de supervivencia en tiempos de posverdad*. Buenos Aires: Abre Cultura.

⁷⁵⁹ FERNÁNDEZ FERRIOL, FERRIOL RODRÍGUEZ y FLEITES, *op. cit.*

información falsa, o no basada en evidencias científicas, ya sea de forma casual o intencional, se convierte en un factor que vulnera el derecho a la salud de la población.

Es por eso por lo que el Estado debe asumir un rol mucho más protagonista en la protección de este derecho en un contexto de pandemia como el que estamos atravesando.

El ser humano, como sujeto del derecho a la salud y a la información en salud, es un sujeto vulnerable porque no tiene el conocimiento, ni está obligado a tenerlo, para poder entender la diferencia entre un medicamento y un producto químico tóxico, tal como sucede con el dióxido de cloro.

En este sentido, las agencias sanitarias de cada país deben llevar a cabo las acciones necesarias para asegurar a la población medicamentos eficaces, seguros y de calidad, así como también información precisa que les permita tomar decisiones informadas y no exponerse a riesgos innecesarios. Pero esta comunicación debe ser eficaz y asegurar su llegada al público objetivo. Para esto es fundamental la gestión de la información.

En definitiva, la estrategia para esta problemática debe incluir tanto la prevención (que las personas no lleguen a la instancia de ingerir CDS) a través de la educación y la comunicación, como así también la detección y respuesta a los casos que se presenten.

Por otra parte, si partimos del principio de que la información sanitaria implica el derecho de los ciudadanos de acceder a una información clara, suficiente, adecuada, veraz, oportuna y relevante, que permita adoptar decisiones de salud, deberíamos extender la responsabilidad por su contenido y la obligación de brindar esa información sanitaria no solo al acto médico en el marco de la relación entre el paciente y el médico o entre el paciente y la institución, sino también a los otros agentes o sujetos que tengan la posibilidad y los medios para influir en las decisiones de salud de las personas, como es el caso de los medios de comunicación o, inclusive, las redes sociales.

Por último, cabe asumir nuestra propia responsabilidad individual en este tema. En este sentido, la Dra. Nogués, dice que el fenómeno de la

“posverdad” nos convierte en víctimas y victimarios. Nos vamos separando en tribus cada vez más aisladas, cada una nucleada alrededor de ideas en común que muchas veces están alejadas de lo real. Reafirmamos nuestras creencias eligiendo fuentes de información sin espíritu crítico, dejando de lado la distinción entre lo que es falso y lo que es cierto. Este enfoque nos pone en un papel de mayor responsabilidad y también de mayor poder. No alcanza con que podamos identificar noticias falsas o chequear si lo que dice cierto medio o persona es cierto o no. Esto es importante, sin dudas, pero no será suficiente si no nos miramos más a nosotros mismos, desafiando nuestras maneras de pensar y de actuar, alertas a no contribuir, sin quererlo, a profundizar el problema.

VII. Bibliografía

- CIRUZZI, M. (2021). “El juez, el médico, el abogado, el subrogante y el paciente: la maleficencia de la ignorancia”. En *Microjuris.com*.
- FERNÁNDEZ FERRIOL, C., FERRIOL RODRÍGUEZ, M. y FLEITES, C. (2018). “Roma: Imperio, Cultura y Medicina”. En *Revista Acta Médica del Centro*, Vol. 12, N° 2.
- GÓMEZ HAISS, D. (2017). “La salud como derecho humano y social de primer orden”. En *Microjuris.com*.
- LASHERAS GONZÁLEZ, A. (2017). “La medicina en la Antigüedad tardía: una aproximación a partir de las fuentes escritas”. En *Ars Médica. La medicina en época romana*, Tarragona: Ediciones URV.
- NOGUÉS, G. (2018). *Pensar con otros: Una guía de supervivencia en tiempos de posverdad*. Buenos Aires: Abre Cultura.

- SAÉZ GEOFFROY, A. y PARRA DÍAZ, J. (2020). “De la Peste Antonina a la Peste de Cipriano. Alcances y consecuencias de las pestes globales en el Imperio Romano en el siglo III d. C”. En *Revista Chilena de Infectología*, Vol. 37, N° 4.

- TRUCCO, M. (2017) “La Protección de la Salud en la legislación argentina: encuadre nacional e internacional”. Publicación del Ministerio de Salud de la Nación del 25/4/2017.

- Ciclo de Actualización en Jurisprudencia en Salud durante la Pandemia realizado el 23/03/2021. Dirección académica: Marisa Aizenberg (Observatorio de Derecho de la Salud – Universidad de Buenos Aires).

- Lorenzo, José María c/Sanatorio Otamendi y Miroli SA s/Amparo de Salud. <https://www.diariojudicial.com/nota/88283/civil-y-comercial/el-dioxido-de-cloro-llego-a-la-justicia.html>.

- “M., E. Y.; B., P. A.; B., R. A.; B., A. L.; B., S. M.; B., M. vs Hospital de Gestión Descentralizada San Bernardo por amparo” (Exp. 713073/20). <https://www.diariojudicial.com/nota/88291>.

- Organización Panamericana de la Salud. Webinar: Toxicidad del Dióxido de Clor. 07/08/2020. <https://www.paho.org/es/eventos/webinar-toxicidad-dioxido-cloro>

- “La Medicina en la Antigua Roma”. En *Revista de Historia* ISSN 2385-5312. “

- Celso. <https://www.wdl.org/es/item/11618/>.

<https://www.nuevatribuna.es/articulo/cultura---ocio/plagas-plagadejustiniano-historia-cultura-pandemia-imperioromano/20200324161047172561.html>.

<https://www.telam.com.ar/notas/202101/541225-califican-de-mala-praxis-judicial-al-fallo-que-autorizo-el-tratamiento-con-dioxido-de-cloro.html>.

<https://chequeado.com/el-explicador/viviana-canosa-tomo-dioxido-de-cloro-en-vivo-pero-esa-sustancia-es-perjudicial-para-la-salud/>.

<https://defensadelpublico.gob.ar/consumir-dioxido-de-cloro-en-television-es-infodemia/>.

<https://www.telam.com.ar/notas/202101/541391-fallo-justicia-dioxido-de-cloro-justicia-investigacion.html>.

<https://www.telam.com.ar/notas/202008/507825-ingesta-dioxido-cloro-muerte-nino-neuquen.html>.

La indignidad para suceder. Su origen en el derecho romano. Evolución y recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación⁷⁶⁰

Por Mariana Verónica Sconda⁷⁶¹

Palabras clave: indignidad; causales; sucesión; desheredación

Sumario: I. Introducción; II. La indignidad para suceder en el derecho romano: origen y evolución; III. Recepción en el derecho intermedio; *III. a) Fuero Juzgo; III. b) Fuero Real; III. c) Las Siete Partidas; III. d) La Novísima Recopilación;* IV. Recepción del instituto de la in-

⁷⁶⁰ Este trabajo se encuentra enmarcado dentro del proyecto de investigación “Una mirada romanista a los libros Quinto y Sexto del Código Civil y Comercial de la Nación”, con sede en la Facultad de Derecho de UFLO Universidad, Argentina.

⁷⁶¹ 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 la Universidad Católica de Salta. Profesora interina en la Universidad de Morón. Investigadora categorizada UBA.

dignidad en el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield; V. La indignidad para suceder en el Código Civil y Comercial de la Nación; VI. Conclusiones; VII. Bibliografía

I. Introducción

Este trabajo plantea como objeto de investigación la indignidad para suceder. Analizaremos el origen y desarrollo de esta institución en el derecho romano y abordaremos su evolución a través del derecho intermedio, su recepción en el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield y cómo se encuentra legislada actualmente en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

II. La indignidad para suceder en el derecho romano: origen y evolución

En Roma, en la etapa del derecho arcaico no aparecen claros los orígenes de la figura de la indignidad para suceder, dado que no parece haberla conocido. Son las fuentes literarias de los siglos I a. C. al I d. C. las que hacen referencia a la principal causa de indignidad que era el comportamiento indecoroso del heredero, que no se lo privaba de la *testamenti factio pasiva* pero se le sancionaba por comportamientos ilícitos o contrarios a los *mores maiorum* (castración, lenocinio, dilapidación y vida disoluta). Sin embargo, pese a sus actuaciones, mantenía la condición de heredero debiendo satisfacer las deudas del causante y haciéndose cargo de los *sacra familiaria*. Es decir, se mantenían las cargas hereditarias pero se perdían las ventajas patrimoniales.⁷⁶² Junto

⁷⁶² BEATO DEL PALACIO, E. (2006). "La indignidad para suceder: causas de desheredación".

con la institución de la indignidad encontramos vinculada en el derecho romano otra institución que es la desheredación, en donde el *paterfamilias* excluía de manera expresa a los *sui heredes*, impidiéndoles adquirir la herencia. En cambio, a través de la indignidad, el indigno podía adquirir la herencia, pero se le impedía conservarla (*“indignus potest capere sed non potest retinere”*), ya que se le confiscaba lo recibido.⁷⁶³

En HOYO SIERRA, I. y SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. (eds.). *Fundamentos de conocimiento jurídico. Raíces de lo ilícito y razones de licitud*. Real Academia de Jurisprudencia y legislación. Madrid: Dykinson, p. 65 y ss. GUASCO, A. (2018). *L'indegnità a succedere tra bona ereptoria e diritto di rappresentazione*, Nápoles: Satura, p. 21 y ss. LÓPEZ GÜETO, A. (2020). “Análisis y comentario de la obra de Alessio Guasco, *L'indegnità a succedere tra bona ereptoria e diritto di rappresentazione*”. En *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano*, 24-2020, Madrid, ISSN 1989-1970, <http://www.ridrom.uclm.es>, p. 603 y ss. “Horacio, en *Carmina*, 3, 24, 51-61 aborda con carácter moralizante los efectos de la mala educación de unos hijos que acaban siendo poco merecedores de la herencia de su padre por su tendencia a la dilapidación y a los vicios”; “Quintiliano, en *Declamationes minores*, 308 recoge el caso de la institución de herederos por parte de un ciudadano sin hijos en dos testamentos diversos, uno de los cuales es impugnado por los parientes que consideraban inadecuado al beneficiado, llegando a utilizar este autor el término *indignus*”; “Dos fragmentos de Valerio Máximo, en *Hechos y dichos memorables*, 7, 7, 6 y 7, 7, 7 se refieren a esta figura. En el primero de ellos se menciona el caso de Genucio, sacerdote que se había amputado los genitales y que había obtenido de un pretor al que se califica como permisivo la posesión de unos bienes hereditarios. Su comportamiento contrario a las buenas costumbres es sancionado con carácter ejemplarizante por otro pretor y se le impide retener la herencia. En el fragmento 7, 7, 7 se menciona a Vecilio, un heredero que es privado de la *bonorum possessio* por un estricto pretor por haber practicado el lenocinio. Ambos sucesos tienen lugar en el siglo I a. C. y puede decirse que, en aquel tiempo, la principal causa de indignidad sería el comportamiento indecoroso del heredero.”

⁷⁶³ ALGABA ROS, S. (2002). *Efectos de la desheredación*. Valencia: Tyrant lo Blanch, p. 123 y ss. “Si bien es cierto que en el Derecho Romano las diferencias entre ambas figuras eran rotundas, también es cierto que paulatinamente estas diferencias han ido desapareciendo, dando lugar a una figura de ‘indignidad cada vez más identificada con la ‘desheredación’. Es

No hay consenso doctrinal acerca del momento histórico en que surge la indignidad para suceder en el derecho romano. Si bien el concepto de indignidad se construye en el Principado, en especial durante los siglos II y III d. C., siendo decisiva la acción de los emperadores antoninos, su origen se remonta a finales de la República. Los emperadores persiguieron un doble objetivo al regular esta figura: por un lado, fomentar el respeto a las *mores maiorum* por parte de los herederos y, por el otro, aumentar los ingresos en el erario o el fisco, ya que se quedaban con los bienes de las personas declaradas indignas. Pero no solo los emperadores influyeron en la definición de los límites de la indignidad, sino que fue importante la intervención de los juristas esta etapa histórica.⁷⁶⁴

preciso señalar por lo tanto que la evolución se ha producido con respecto a la indignidad, pues, en un primer momento, desapareció la obligación de entregar los bienes heredados al Fisco y posteriormente apareció la concepción de que el indigno no puede heredar al igual que ocurre con el desheredado”; LAFAURIE BORNACELLI, A. y LA TORRE IGLESIAS, E. (2014). “La Indignidad para Suceder: Análisis histórico, Caracterización Jurídica y Perspectiva Crítica desde el Derecho Comparado” *En Revista Digital Derecho a pensar*, N° 1: Julio-Diciembre, Colombia, ISSN: 2389-8445, Ed. Universidad Popular del Cesar, p. 2 y ss; ZANNONI, E. (1994). *Manual de Derecho de las Sucesiones*. Buenos Aires: Astrea, p. 75 y ss. “La indignidad para suceder, en sus orígenes aparece estrechamente vinculada con la desheredación. En el Derecho Romano junto con la *exhereditatio* (desheredación), con la que se protegía el interés privado tutelando el resentimiento personal del ofendido contra el ofensor, quien podía o no ejercer la facultad de desheredar, existía la indignidad que tutelaba más bien el interés público, ya que repugnaba a la conciencia social que se pudiera suceder a quien se había hecho víctima de ultrajes de cierta gravedad. Pero los romanos no concibieron a la indignidad como una incapacidad para suceder. Si el indigno adquiría, esa adquisición estaba sujeta a una verdadera caducidad en virtud de la cual quedaría excluido de la sucesión pasando los bienes al erario”

⁷⁶⁴ GUASCO, *op. cit.*, p. 21 y ss., 55 y ss; LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 604; BEATO DEL PALACIO, *op. cit.*, p. 65 y ss. “Unos autores creen que ya existía en la época clásica, y en cambio, la opinión doctrinal mayoritaria considera que fue en la época imperial cuando

La primera norma que reguló la indignidad fue el senadoconsulto Silianiano, que establecía la obligación de torturar a los esclavos propios y a los de la mujer que vivían en la casa cuando el *dominus* había muerto violentamente. Estas torturas se llevaban a cabo durante el proceso para descubrir al culpable y se castigaba con dureza la implicación directa de los esclavos o la falta de auxilio al amo. El senadoconsulto prohibía al heredero la apertura del testamento y la aceptación de la herencia o la petición de la *bonorum possessio*, para evitar de esta manera que los esclavos manumitidos en el testamento pudieran ser torturados. El heredero que incumplía esta disposición devenía indigno. Esta normativa se complementaba con el edicto del pretor que recogió la prohibición de abrir el testamento hasta que quedara resuelta la cuestión criminal (D. 29, 5, 3, 18 Ulpiano, 50 *ad edictum*). La sanción impuesta era la privación de los bienes hereditarios a quien realizó la apertura indebida del testamento, así lo expresan las Sentencias de Paulo, 3, 5, 12. El texto menciona una multa de 100.000 sesteracios y la sustracción de los bienes por el fisco.⁷⁶⁵

esta figura irrumpe plenamente en el ordenamiento jurídico, alcanzando una considerable extensión, gracias al impulso y desarrollo experimentado por la acción de los emperadores. Serán los compiladores justinianeos quienes reúnan y agrupen los diversos supuestos de indignidad surgidos hasta entonces, dando a esta figura una entidad y autonomía muy distinta a la que había tenido hasta entonces. Se puede ver como en el *Corpus Iuris Civilis* lo referente a la indignidad aparece recogido en el Digesto y en el Código"; LÓPEZ HERRERA, F. (2008). *Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Venezuela: Publicaciones UCAB, p. 87; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*. Granada: Comares, p. 4. "La mayoría de los autores afirman que esta figura tiene su origen en la época imperial del Derecho romano, otros consideran que fue en la época postclásica cuando surge en el ordenamiento jurídico".

⁷⁶⁵ BEATO DEL PALACIO, *op. cit.*, p. 66; GUASCO, *op. cit.*, p. 30 y ss. "La sanción confirmada en *Pauli Sententiae*, 3, 5, 12. de una multa de 100.000 sesteracios y la sustracción de los bienes por el Fisco, resulta difícil conocer el momento exacto en que se impuso"; LÓPEZ GÜETO, *op.*

Algunos autores consideran que fueron las leyes *Iulia y Papia Poppaea* las que crearon la base cultural para el destino de los *bona ereptoria*, de forma que los comportamientos estigmatizados de los indignos permitieron al Estado aprovecharse de los bienes sustraídos.⁷⁶⁶

cit., p. 603 y ss. “D. 29, 5, 3,18: En cuanto a lo que pertenece a la causa del testamento se hubiere dejado por el que se dijere que fue matado, se dispone en el edicto, que nadie procure a sabiendas con dolo malo abrirlo, leerlo, y copiarlo, antes aquella familia haya sido sometida en virtud del senadoconsulto al tormento y que se haya dado suplicio a los culpables.” Esta norma perseguía por un lado, mantener el orden y la seguridad pública disuadiendo a los esclavos de matar al amo que les había beneficiado con la manumisión testamentaria o con algún legado con la amenaza de las torturas que ejecutaría el Estado mediante el *supplicium* en el seno de una causa criminal. También la posible tentación de negarle auxilio tras haber llegado a algún pacto con los herederos. Pero, además, se quiere proteger la memoria del difunto obligando a los herederos testamentarios a hacer todo lo posible por esclarecer el crimen si quieren que se abra el testamento. Porque, en el caso de no cumplir con su obligación de vengar la muerte del causante, serían declarados indignos para retener sus bienes. En el pasaje C. 6, 35, 3 se establece: “El Emperador Alejandro, Augusto a Antioquiano: –Si a los hijos de la que dices que es tu prima se les promueve cuestión, porque las Tablas del testamento de su padre, que se decía que fue muerto por los esclavos, fueron abiertas y leídas antes que se les hubiere dado tormento a los esclavos, la herencia es reivindicada para el Fisco en virtud del senadoconsulto, y por lo tanto la causa debe ser sustanciada ante mi procurador, porque en aquél tiempo ellos no eran pupilos (Año 222)”;

“Esto relaciona de nuevo el senadoconsulto Siliano con la indignidad. El emperador establece la reivindicación por el Fisco de los bienes hereditarios cuando se abre el testamento del padre asesinado antes de haber torturado e interrogado a los presuntos asesinos”

⁷⁶⁶ LÓPEZ HERRERA, *op. cit.*, p. 87 y ss; LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 614 y ss. “En este punto debe hablarse de las motivaciones del Estado para regular la *ereptio* de los bienes del indigno. Es evidente que, desde finales del siglo I a la primera mitad del siglo III d. C., las disposiciones relativas a la indignidad beneficiaron al Fisco con la *ereptio* de los bienes muebles e inmuebles del indigno. El favorecimiento de las finanzas públicas ya se venía produciendo por la adquisición de los *bona caduca* (los célibes y los casados sin hijos eran declarados

En D. 29, 6, 1 pr., se recoge una disposición de Adriano. Allí se deniega la *bonorum possessio* y la acción civil a quien con violencia o dolo hubiera impedido a un ciudadano hacer testamento o modificarlo. El objetivo era preservar la libre formación de la voluntad de testador, evitando las presiones de los herederos legítimos que preferían la sucesión intestada en la que salían favorecidos. Este acto intimidatorio podría tener repercusiones penales y civiles, pero en sede de indignidad se menciona explícitamente la *ereptio* de los bienes a favor de la administración financiera estatal. Además, alentaban a los perjudicados a iniciar la *querella inofficiosi testamento*, pues su pasividad podía perjudicarlos si se producía la *ereptio* fiscal. La normativa de este emperador marcó definitivamente la definición de indignidad (C.6, 34, 2).⁷⁶⁷

incapaces para adquirir bienes heredados en determinadas ocasiones). Las razones para situar la herencia en el punto de mira del Estado eran puramente recaudatorias, tratándose de ingresos seguros, recurrentes y fácilmente exigibles, pues el censo y el incipiente catastro facilitaban el conocimiento de los bienes de los ciudadanos. A lo anterior se unía la necesidad de sufragar los cuantiosos gastos militares destinando fondos al Erario militar; "Para que el Fisco se quedara con los bienes de los indignos debía probarse la causa de indignidad y abrirse un procedimiento fiscal. En D. 49, 14, 1 pr., el procedimiento debía iniciarse a instancia del Fisco pues la declaración de indignidad no suponía automáticamente la apropiación por aquel. La finalidad era demostrar la voluntad de la administración financiera de hacerse con los bienes (*auferre*). Se trataba de un procedimiento similar a la reivindicación de los bona caduca, pero debió ser más complejo porque el hecho de ser célibe o de no tener hijos se demostraba fácilmente. Lógicamente, se aceleraba el proceso fiscal si había tenido lugar previamente un procedimiento criminal o civil donde se hubiera condenado al indigno y ya se hubieran individualizado los bienes que el Fisco ansiaba. En caso contrario, le correspondería a la administración financiera del Estado probar la indignidad en dicho procedimiento específico" ASTOLFI, R. (1996). *La lex Iulia et Papia*. Padova: CEDAM, p. 325 y ss.

⁷⁶⁷ LÓPEZ GÜETO, op. cit., p. 608 y ss. "No deja de ser curiosa la ausencia de referencias a la indignidad de quienes obligaban a hacer testamento en su favor, un comportamiento que estaba sancionado con la *denegatio* de la *bonorum possessio* pero del que se desconoce si habría

Muchos consideran que fue el emperador Antonino Pío quien tuvo intervenciones decisivas sobre este instituto, por ello lo denominan el “padre de la indignidad”. En D. 34, 9, 3 se considera indignos de suceder a quienes por culpa o negligencia causaron la muerte de una mujer que los había nombrado herederos; aquí se sanciona el comportamiento omisivo. En D. 48, 20, 7, 4 se refiere un caso juzgado por dicho emperador sobre una mujer, hija de familia, que era favorecida por la herencia de aquel a quien había envenenado, aunque hubiera adido la herencia por orden del padre, bajo cuya potestad estuviese, aquella fuese reivindicada para el fisco. Otro pronunciamiento de este emperador se encuentra en D. 35, 2, 59, pr. 1, en donde hace referencia a la aplicación de las reglas del *sc. Plancianum* a los herederos que no cumplieran con un fideicomiso tácito, impidiendo su atribución al fideicomisario. Se declaraba indignos a los herederos por incumplir la voluntad del testador y se les aplican diversas sanciones como la no retención de la cuarta falcidia, ni de parte del fideicomiso en base al *sc. Pegasianum*.⁷⁶⁸

derivado la *ereptio* fiscal. Sobre este asunto, C. FADDA, en *Concetti fondamentali*, cree que se aplicaría la indignidad, contradiciendo a O. LENEL, en *Das erzwungene Testament*”; GUASCO, *op. cit.*, p. 35 y ss. D. 29, 6, 1 pr.: (Ulpiano, Comentarios al Edicto, Libro 48). “Al que por captarse una herencia legítima o por testamento impidió que entrase el testamentario, queriendo uno hacer testamento, o cambiarlo, determinó el Divino Adriano, que se le deben denegar las acciones, y que habiéndosele denegado las acciones ha de haber lugar para el fisco”; BEATO DEL PALACIO, *op. cit.* p. 66. “C. 6, 34, 2. Los Emperadores Diocleciano y Maximiano Augustos a Nicagora: –Es de muy solemne derecho, que sean excluidos del beneficio de la sucesión, como personas indignas, los que se prueba que sirvieron de impedimento para que no se hiciera testamento (Año 285)”

⁷⁶⁸ LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 608 y ss. “El *sc. Plancianum*, del s. I d. C. (D. 25, 3, 1 pr. 1) protegía a las personas nacidas tras la disolución del matrimonio para evitar que fueran perjudicados en sus expectativas por sus parientes. Hasta la intervención de Antonino Pío, pese a la ilicitud de la actuación, los bienes no eran absorbidos por el Erario, pues se abría la vía intestada para no perjudicar a la familia”; GUASCO, *op. cit.*, p. 37 y ss; DI PIETRO, A. (1999). *Derecho*

Por lo tanto, nuevamente encontramos que a los bienes retirados se les aplicaba la *ereptio* a favor del fisco. Otra disposición sobre el tema la encontramos en D. 34, 9, 6. Es un caso de *ereptio* parcial, en donde la solución es bastante equitativa, ya que castigaba a un heredero que había sustraído bienes a los legatarios. Los derechos de éstos eran salvaguardados por la decisión imperial, de forma que la persona declarada indigna no perjudicaba a otros ciudadanos. De esta manera se favorecía al fisco y se evitaba que los hijos del indigno pudieran subrogarse en su posición para evitar que sacaran ventaja.⁷⁶⁹

También el emperador Marco Aurelio se interesó por la indignidad. En D. 28, 4, 3 se menciona el reclamo por parte del fisco de los bienes del ciudadano romano Valerio Nepote, que había dejado una herencia repartida en legados. Entre los legados, se dictó uno a favor de un esclavo a quien primero se lo nombraba heredero y luego se cancelaba y tachaba dicha institución. Surgió la duda de si debía favorecer al fisco porque el testamento carecía de institución de herederos, o si

Privado Romano. Buenos Aires: Depalma, p. 297 y 318; DI PIETRO, A. (1967). *Institutas. Texto Traducido y con Notas del autor*. 1ª edición. La Plata: Librería Jurídica, p. 125 y 177 y ss; Inst. Gayo II.- 111; Inst. Gayo II- 286 y II- 286 a; MALDONADO DE LIZALDE, E. (2002). "Lex Iulia de Maritandis Ordinibus. Leyes de familia del Emperador César Augusto". En *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. Vol XIV. México: Editorial de la Universidad Autónoma de México, p. 536 y ss. "Augusto recurrió a la propaganda para despertar las conciencias y que sus leyes fueran aceptadas cuanto antes. Empleó antecedentes históricos, como el aserto de Catón, el Censor, 184 a. C, de que las *mos maiorum* se habían perdido, consecuencia de lo cual no había orden en la sociedad. Les recuerda la exhortación de Q. Cecilio Metelo Macedónico, *De prole augenda* (131 a.C), o bien hizo uso de las Odas de Horacio. O, en el caso de Cicerón, en su Tratado de las Leyes, contiene una antigua ley romana que prohibía el celibato. Además recuerda la legislación espartana de Licurgo, como antecedente histórico en contra del celibato, que castigaba con pena severa a los hombres que no se casaban".

⁷⁶⁹ LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 608 y ss; GUASCO, *op. cit.*, p. 53 y ss; BEATO DEL PALACIO, *op. cit.*, p. 66.

resultaba más acorde a la voluntad del testador el respeto a los legados. La solución adoptada fue esta última, por consiguiente el respeto a las disposiciones hereditarias particulares seguía consolidándose en la etapa de los emperadores antoninos. En D. 34, 9, 12 se relata una situación complicada: la institución como herederos de personas incapaces según la legislación matrimonial de Augusto. En el caso de los *bona caduca*, se debía proceder con la entrega de los bienes al fisco por parte del Senado. Sin embargo la causa es reenviada por Marco Aurelio a los prefectos del erario, indicando que la cuota de los indignos no pasaba directamente al Estado y que era necesario un acto administrativo que manifestase la voluntad de *aufferre*.⁷⁷⁰

Los emperadores Septimio Severo y Caracalla trataron la posible indignidad a suceder del liberto respecto al patrono y de los *filiifamilias* respecto al *pater*, cuando unos y otros habían ofendido la memoria del difunto. En el pasaje D. 34, 9, 1 se establece que el liberto que acusó a su patrono después de su muerte de haber traficado con mercancías prohibidas, se lo privaba del legado o del fideicomiso dejado en el testamento del patrono, para que no se aprovechara el liberto de aquella actuación ilegal de su antiguo dueño. Aunque el texto no hace referencia explícita a la *ereptio*, la protección del interés público aconsejaba ese destino

⁷⁷⁰ LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 610 y ss. “El autor entiende que los legados quedarían a salvo y que la cuota correspondiente al heredero sería objeto de *ereptio*”. En este sentido, “C. 6, 35,4: El Emperador Alejandro Augusto a Filomuso: –La herencia dada en testamento no pudo ser quitada por carta o codicilos. Mas como la testadora había declarado que uno de los herederos no merecía su voluntad, con razón fue reivindicada para el fisco la parte de aquél, no transferida a otro con arreglo a derecho. Pero se podrán pedir las liberalidades dadas en la misma carta (Año 223)” y D. 34, 9, 16, 2: “Cuando el paterfamilias, habiendo cambiado de voluntad, hubiese borrado, rotas las tablas, el nombre del heredero y por esto se le hubiese adjudicado al fisco el emolumento de su porción, pulgo al Divino Marco que esto no les perjudicase a los legatarios, que habían retenido la voluntad, y por lo tanto sucediera el fisco con su propia carga”; GUASCO, *op. cit.*, p. 42 y ss.

para los bienes del comerciante.⁷⁷¹ Durante la dinastía de los Severos la vulneración de las prohibiciones matrimoniales de Augusto, como en el caso de nupcias entre funcionarios imperiales y mujeres de la provincia en que el magistrado ejercía su cargo, o el matrimonio entre el tutor y la pupila, fue considerada causa de indignidad (D. 34, 9, 2, 1).⁷⁷²

En la etapa de la anarquía militar del siglo III d. C, siguiendo la línea de los Severos, el emperador Gordiano introdujo como nueva causa de indignidad para suceder la acusación de falsedad de un testamento por parte de los herederos intestados y recogió expresamente como sanción la *ereptio* fiscal, pero para aminorar sus efectos se permitió la retractación de los denunciadores antes de que se dictara sentencia, lo que evitaba que los bienes pasaran al fisco (C. 6, 35, 8).⁷⁷³ Un caso similar de indignidad que respondía a la misma motivación era la sanción a quienes perdían una *querella inofficiosi testamenti* planteada sin posibilidades (D. 5, 2, 8, 14).⁷⁷⁴

⁷⁷¹ BEATO DEL PALACIO, *op. cit.*, p. 66; LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 611 y ss. “El emperador Trajano, D. 34, 9, 20, había optado por esa sanción salvo que se hubieran delatado a sí mismos de la incapacidad para suceder. En este supuesto se apreciaba una indignidad parcial de forma que al liberto le convendría no aceptar el legado o fideicomiso y autoacusarse de complicidad con el dueño, para, al menos, adquirir la mitad de lo que le habían dejado”; GUASCO, *op. cit.*, p. 47 y ss.

⁷⁷² BEATO DEL PALACIO, *op. cit.*, p. 66; LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 612. “Sin embargo, dado que estas circunstancias ya habían sido reconocidas como causa de incapacidad para suceder, es posible que se hayan alterado los textos en la etapa justiniana, un momento en el que se habían derogado las leyes sobre el matrimonio pero esas uniones se consideraba inmorales. La sanción de indignidad, seguramente, funcionaría como elemento disuasorio (D. 49, 1, 13, pr. 1)”

⁷⁷³ LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 612 y ss. “Con esta medida se quiso disuadir a los familiares de la utilización de las denuncias temerarias con pocas oportunidades de prosperar, pues dilataban con mala fe los procedimientos hereditarios”; GUASCO, *op. cit.*, p. 51 y ss; BEATO DEL PALACIO, *op. cit.*, p. 66.

⁷⁷⁴ DI PIETRO, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 380 y ss. “Si el querellante perdía la querella

Durante los siglos posteriores fueron aumentando las causas de indignidad para suceder debido a la intervención imperial, varios pasajes del Digesto y del Código de Justiniano recogen una amplia casuística que culmina, casi siempre, con la *ereptio* del patrimonio hereditario a favor del fisco. Asimismo, se castigaba la mala fe contra la voluntad del testador o la deshonra de su memoria, como el caso de la aceptación de la herencia por el hijo emancipado como sustituto pupilar de su hermano cuando había pedido la *bonorum possessio contra tabulas* negando la validez del testamento (D. 34, 9, 2, pr.). A veces se castigaba la sustracción del testamento por los interesados en abrir la sucesión intestada (D. 48, 10, 26), o la donación de los bienes del testador por quien se sabía heredero antes de producirse el fallecimiento (D. 35, 2, 29, 2; D. 39, 5, 30). Se aplicó también la sanción a quienes acusaran a sus familiares de comportamientos criminales o ilícitos (D. 34, 9, 16,

de testamento inoficioso, el testamento quedaba válido”; “El actor, en este caso, por haber injuriado la memoria del testador era considerado indigno y perdía todo legado o liberalidad, que quedaba para el fisco”; “Un caso especial era el del tutor que pidió la querrela de testamento inoficioso en nombre de su pupilo desheredado. En caso de perder, por considerarse que estaba obligado a iniciarla, no cabe hablar de indignidad, y si existía un legado a favor del pupilo, éste no dejaba de ser válido (I. 2, 18, 5 – D. 34, 9, 5, 2)”; BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, p. 646 y ss; ARANGIO RUIZ, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por J. M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, p. 617 y ss; BEATO DEL PALACIO, *op. cit.*, p. 66; LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 612 y ss; GUASCO, *op. cit.*, p. 53; REPRESA POLO, M. (2016). *La desheredación en el Código Civil*. Madrid: Reus, p. 13 y ss; BERNAD MAINAR, R. (2015). “De la legítima romana a la reserva familiar germánica.” En *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano*, ISSN 1989-1970, <http://www.ridrom.uclm.es>, Nº 14, Madrid, p. 15 y ss. PASCUAL QUINTANA J. (1955). “La desheredación en el derecho español: su desenvolvimiento histórico.” En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, III, 73, p. 270 y ss.

pr.) o a quienes habían puesto en cuestión al testador en vida, vertiendo dudas acerca de su *status* (D. 34, 9, 9, 1).⁷⁷⁵

Por distintas razones de índole social, política, económica, religiosa (el cristianismo), y además la gran cantidad de las tierras abandonadas por las cargas impositivas, influyeron en la concepción y consecuencias del instituto de la indignidad en el período del derecho postclásico, por lo que en esta etapa se prefirió que los bienes de los indignos siguieran en su familia y se permitió la sucesión por representación de sus parientes, en vez de que el fisco se quedara con el patrimonio de los indignos como sucedía anteriormente. Este cambio lo podemos evidenciar en el pasaje del D. 34, 9, 15, en donde el heredero indigno que había solicitado y perdido la declaración de falsedad del codicilo no perdía automáticamente sus bienes dado que la institución de heredero no era anulada por su actuación contra la memoria del testador. En base a la *aequitas*, los bienes objeto de legado se entregaban a los beneficiarios. El indigno no se beneficiaba con lo previsto en la *lex Falcidia*, y otros herederos podían acrecer su parte. El tratamiento favorable se debe quizás al hecho de que el objeto de la impugnación no era el testamento completo, sino los codicilos en los que se repartían los legados.⁷⁷⁶

Constantino mantuvo el régimen de la indignidad que se había implementado durante el Principado. Dispuso que la propia denuncia por parte del heredero de la existencia de un fideicomiso tácito que se trataba de ocultar le permitiera conservar un tercio de la herencia mientras que se produciría la *ereptio* fiscal del resto, por lo que el fisco incentivaba que los propios parientes sean delatores para identificar a los indignos de suceder (C. Th. 10, 11). Este emperador derogó algunas causas de incapacidad legisladas en las leyes matrimoniales de

⁷⁷⁵ LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 613 y ss; GUASCO, *op. cit.*, p. 55; BEATO DEL PALACIO, *op. cit.*, p. 66.

⁷⁷⁶ LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 618 y ss; GUASCO, *op. cit.*, p. 87.

Augusto, como las que afectaban a los célibes, ya que se debía valorar su consagración a Dios, y de los *orbi*, dado que el no haber tenido hijos debía ser causa de compasión y no de castigo. En muchas ocasiones se mostró partidario de devolver a los particulares los bienes de los indignos, bien a través de donaciones, bien a título oneroso. Por influencia del cristianismo, encontramos diversos pasajes en las fuentes que se refieren a la indignidad, tal es el caso de C. 5, 9, 1, en donde la viuda, llamada a la herencia de su primer marido, no podría retener esos bienes si se casara de nuevo antes de diez meses (período que luego se extiende a 12 meses en C. 5, 9, 2), incumpliendo el tiempo de duelo. Para hacerse con los bienes de la madre indigna se llamaría a los hijos del primer marido, y, en su ausencia, se seguiría el orden de llamamientos del edicto pretorio, es decir, a los ascendientes o colaterales del difunto, y solo en ausencia de todos los bienes iban al fisco. Por consiguiente, la indignidad cometida por la viuda no perjudicaba a los hijos que podían sucederla para que no se perdieran los bienes de su familia, postergando al fisco. Aparte de la sanción económica, social o religiosa, se sancionaba duramente a la viuda que incumpliera el *tempus lugendi* con la tacha de infamia que, en otro orden de cosas, llevaba aparejada la limitación de su *testamenti factio activa* de forma que no podía disponer con libertad de sus bienes para dejárselos a su segundo marido.⁷⁷⁷ En C. 5, 9, 3 pr., 1, 2 se establece que la viuda con hijos de su primer marido que contrae nuevas nupcias a pesar de haber respetado el año de luto, no puede retener la herencia, donaciones, fideicomisos o cualquier tipo de adquisición de bienes con motivo de

⁷⁷⁷ LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 621 y ss. “La viuda que no respetaba el período de luto perdía lo recibido del primer marido ya a título de herencia, legado, fideicomiso, esponsales o donaciones. Además perdía la condición de honesta y *nobilissima*”; “La tacha de infamia se recogía desde antiguo en el edicto del pretor, pero restringida a las mujeres cuyo marido había muerto siendo declarado traidor o enemigo público. Ahora, se extiende a cualquier viuda que vuelva a casarse; GUASCO, *op. cit.*, p. 88 y ss; DI PIETRO, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 318.

liberalidad. Pero se le permitió elegir a qué hijo o hijos les entregaba los bienes, así como gozar de un derecho de usufructo.⁷⁷⁸

La indignidad se extendió a los varones que contrajeran nuevas nupcias, por lo tanto los bienes heredados de su esposa pasaban a los hijos del matrimonio, aunque, si estaban *in potestate*, podía seguir el *pater* administrándolos (C. 5, 9, 5). Se trataba de evitar que la segunda esposa o los hijos nacidos de ese sucesivo matrimonio se hicieran con bienes procedentes de la herencia de la primera mujer; nuevamente el Fisco queda relegado en favor de los hijos del cónyuge fallecido. Pero en el pasaje del C. 5, 5, 4 parece alterarse esta tendencia, ya que con respecto a los cónyuges que habían contraído de forma irregular nupcias o vulneraron alguna prohibición matrimonial, se estableció la declaración de indignidad para sucederse entre sí y sus bienes eran sustraídos a favor del fisco. El propósito era que los hijos nacidos de esas uniones no recibieran la protección que el resto de constituciones había establecido para los hijos nacidos de matrimonios cristianos, pagando la culpa de sus progenitores.⁷⁷⁹

⁷⁷⁸ LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 623 y ss. “Igualmente, se impusieron sanciones a la viuda que respetaba el período de luto pero contraía de nuevo matrimonio”; “El Código Teodosiano, 3, 9, 1 recoge una constitución de los emperadores Arcadio y Honorio del año 398 como conformación de las normas teodosianas para que los hijos de la viuda que vuelve a contraer matrimonio adquieran por representación los bienes procedentes de la herencia de su padre. Todo ello indica que el Fisco no se aprovechaba de estas circunstancias”; GUASCO, *op. cit.*, p. 93 y ss.

⁷⁷⁹ LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 624 y ss. “La equiparación de los efectos de las nupcias sucesivas de varones y mujeres supone la introducción de una nueva causa de indignidad pues el esposo que no vuelve a contraer matrimonio adquiere y retiene los bienes de la herencia de su cónyuge hasta su propia muerte, cuando los transmite junto con sus propios bienes si no ha decidido enajenarlos en vida”; GUASCO, *op. cit.*, p. 96 y ss; DI PIETRO, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 318 y ss. “Los cónyuges que no querían perder sus bienes y celebraron matrimonio prohibido por error, debían separarse desde el mismo momento en que conocían el vicio (C. 5, 5, 4)”

Un fragmento polémico sobre la indignidad es el de las Reglas de Ulpiano 19. 17, porque se cree que se encuentra alterado. En el mismo se refiere a la adquisición de la propiedad de los *bona caduca* y de los *bona ereptoria* por los particulares. En cuanto a los primeros, los adquirentes serían personas con *testamenti factio* activa, pues antes que el erario o el fisco, tenían opción las personas que no eran célibes o que tenían hijos. Sin embargo, es dudoso hacer la misma afirmación categórica en relación a los bienes de los indignos, pues la apropiación por el Estado fue la regla durante siglos.⁷⁸⁰

Se declaró indigna de suceder a la mujer casada con su cómplice de adulterio, por la violación de la *Lex Iulia de adulteriis* (D. 34, 9, 13). El matrimonio era inválido, a la mujer no se la condenaba por adulterio, aunque sí al cómplice, y los bienes dejados por el marido iban a la caja del erario. Se trataba de un supuesto de incapacidad para suceder transformado por los compiladores en causa de indignidad. También

⁷⁸⁰ PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, N. (1970). *Reglas de Ulpiano. Traducción, concordancia con otros textos clásicos y nota preliminar*. Buenos Aires: Lerner, p. 100 y ss. Ulp. 19.17: "Por la ley adquirimos la propiedad; por ejemplo los bienes caducos despojados de acuerdo con la Ley *Papia Poppea*; también de acuerdo con la Ley de las XII Tablas, el legado de cosas *mancipi* o *nec mancipi*"; LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 625 y ss. "El autor considera que esta equiparación de efectos de la declaración de *bona caduca* y de *bona ereptoria* puede deberse al interés de la doctrina en el siglo XVI de apuntalar el concepto de indignidad y, en particular, el destino de los bienes del indigno a favor de los parientes, herederos legítimos en lugar del Fisco"; GUASCO, *op. cit.*, p. 101 y ss. "Este fragmento se refiere a la posible relación entre la *lex Papia Poppaea* y la *ereptio*. A pesar de que el texto de Ulpiano se esfuerce en unirlos, no puede demostrarse que la ley augustea se dedicara a enunciar casos de indignidad para suceder, dado que se había tratado de forma específica en el senadoconsulto Silaniano o por senadoconsultos posteriores. Puede que la cercanía en el tiempo de la *lex Papia Poppaea* (9 d. C.) y del senadoconsulto Silaniano favoreciera esa idea o que se pretendiera otorgar más fuerza a la institución de la indignidad mediante esa asociación"; DI PIETRO, *Institutas, op. cit.*, p. 125 y 177 y ss. Inst. Gayo II. 111; Inst. Gayo II. 286 y II. 286 a.

se consideró indigna a una mujer para heredar al hombre con quien cometió estupro (D. 34, 9,14).⁷⁸¹

En la época justiniana, la figura de la indignidad se destacó por un lado, por el interés del emperador en recoger y sistematizar los supuestos legislados en el pasado, y por otro, por la concesión de nuevo al fisco de una ventajosa posición, al menos para los casos más antiguos y heredados de la legislación del Principado. Justiniano en C. 6, 51, 1, 12 optó por la sucesión en los bienes del indigno de sus descendientes en lugar de favorecer al Fisco.⁷⁸² Además, este emperador introdujo nuevas causas de indignidad basadas en la concepción cristiana de la familia y del matrimonio. Es así como en el texto de la Novela 22, 22, pr., menciona tres constituciones imperiales previas (C. 5, 9,1; C. 5, 9, 2; y C. 5, 56, 4) para confirmar la indignidad de la viuda (heredera de su primer esposo) que contrajera segundas nupcias, por lo que la herencia se entregaba a otras personas que desplazaban a la administración fiscal. Se remarca nuevamente que la viuda debía cumplir con el *tempus lugendi*, y se la calificaba como infame en caso de no hacerlo, perdiendo todos los bienes recibidos de su marido por cualquier causa. Se establecía detalladamente la relación de las personas que adquirirían esos bienes atendiendo al edicto del pretor que estableció diez llamamientos (los ascendientes, descendientes, colaterales hasta el segundo grado y, en última instancia, el fisco). La sanción era muy severa ya que no se permitía heredar tampoco al segundo marido, ni se le podía atribuir la dote en más de un tercio. Esta causa de indignidad se extendía a cualquier disolución matrimonial, así como la diferenciación entre las

⁷⁸¹ LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 627 y ss; GUASCO, *op. cit.*, p. 106 y ss; BEATO DEL PALACIO, *op. cit.*, p. 66.

⁷⁸² LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 627. "Se abre la puerta a la sucesión de los hijos del indigno. C. 6, 51, 1, 12 se trata de un fragmento del título *De caducis tollendis* que deroga la legislación caducaria a la vez que conserva intactas las normas de indignidad para suceder inspiradas en valores éticos"; GUASCO, *op. cit.*, p. 110 y ss.

viudas que hubieran tenido hijos con el primer marido, con el segundo, con ambos esposos o con ninguno. A su vez, la Novela 22, 22, 1 trata el caso de la mujer declarada indigna e infame que hubiera tenido hijos con el marido al que ha deshonrado con su segundo matrimonio. Para no perjudicar a esos hijos se permitía que se quedaran con los bienes (también podrían pedir la revocación de la nota de infamia) e incluso se preveía un derecho de representación en favor de los descendientes de segundo grado, es decir, los nietos de la mujer declarada indigna, en caso de premoriencia del hijo. Solo si la mujer hubiese perdido a hijos y nietos se le permitía, como consuelo a su desgracia, conservar el patrimonio en lugar de hacerlo llegar a los hermanos de su primer marido.⁷⁸³

La Novela 115 (Nov. 112) recoge nuevos casos de indignidad para suceder. Justiniano acerca dos instituciones diferentes: la indignidad que podía afectar a cualquier heredero, testamentario o legítimo y la desheredación que solo afectaba a la sucesión testada en relación a personas cercanas al testador. La Novela 115, 3, 12 (Nov. 112, 3, 12) relata la situación de un hijo que omitió el deber de asistencia a su progenitor *furiosus*. Esto era un caso de ingratitud que permitía su desheredación, mientras que aquellas personas que hubiesen cuidado del enfermo en sus últimos días podían reivindicar los bienes frente a los instituidos en el testamento que lo desatendieron, quedando anuladas las instituciones de herederos. En la siguiente Novela 115, 3, 13 (Nov. 112, 3, 13) se menciona otro caso de desheredación y de indignidad para suceder, el de los descendientes ingratos que, conociendo el cautiverio de su familiar, no hicieron esfuerzos por liberarlo pagando el rescate. Los bienes hereditarios eran entregados a la Iglesia de la ciudad en la que residía el cautivo para que se hiciera efectivo el rescate de algunos prisioneros, compensando el mal proceder de los herederos. Se debía realizar un inventario para evitar posibles sustracciones de éstos o de los herederos

⁷⁸³ LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 627 y ss; GUASCO, *op. cit.*, p. 110 y ss; REPRESA POLO, *op. cit.*, p. 15.

intestados en caso de no ser los mismos, por no intentar rescatarlo. Por último, en la Novela 115, 3, 14 (Nov. 112, 3, 4) se estableció como nueva causa de indignidad y de desheredación la no profesión de la fe católica por los descendientes o el no reconocimiento de los cánones del Concilio de Nicea, Constantinopla, Éfeso o Calcedonia. Si el fallecido tuviera hijos católicos, a éstos les correspondían los bienes de sus hermanos heréticos; salvo que éstos regresaran a la fe, recuperaban los bienes en el estado actual sin derecho a los frutos e intereses. Incluso llegó a contemplarse el caso de que todos los hijos fueran heréticos: si los padres se hubieran incorporado a la vida religiosa, heredaría la Iglesia en el año posterior al fallecimiento y de no hacerlo, los bienes iban para al fisco.⁷⁸⁴

III. Recepción en el derecho intermedio

III. a) Fuero Juzgo

Este cuerpo legal legisló distintas causas de indignidad para suceder. En el Libro III, titulado “*De los casamientos e de las nascencias*”, en el Título II “*De las vodas que non son fechas lealmientre*” en la Ley I, “*Si la mugier casa después de la muerte de su marido ante que compla el anno*”, expresaba: “*Si la mugier después de muerte de su marido se casa con otro ante que cumpla el anno, ó fiziere adulterio, la meetad de todas sus cosas reciban los fijos della é del primero marido. E si non á fijos, los parientes mas propinquos del marido muerto ayán la meytad*”. En el mismo libro y título, pero en la Ley VIII “*Si la mugier libre casa sin voluntad del padre*”,

⁷⁸⁴ LÓPEZ GÜETO, *op. cit.*, p. 629 y ss. GUASCO, *op. cit.*, p. 119 y ss; BERNAD MAINAR, *op. cit.*, p. 27; DI PIETRO, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 381 y ss; PASCUAL QUINTANA, *op. cit.*, p. 280 y ss; BONFANTE, *op. cit.*, p. 648 y ss; ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 619 y ss.

en donde establecía: *“E si ella casare sin voluntad del padre ó de la madre, y ellos non la quisieren recibir de gracia, ella nn sus fijos non deven heredar en la buena de los padres, porque se casó sin voluntad dellos”*. En el Libro V *“De las avenencias é de las compras”*, en el Título II *“De las donaciones”*, en la Ley V *“De lo que da el marido á la mugier”*, expresaba: *“... é si fazere adulterio, ó se casa cuemo non debe, debe perder quantol diera el marido, é debe tornar al primero marido ó a sus herederos”*. Estas normas contemplaban la indignidad de la mujer que se casaba indebidamente, ya sea por no cumplir el tiempo de luto, o por contraer nupcias sin el consentimiento de sus padres o por la comisión de adulterio.⁷⁸⁵

III. b) Fuero Real

El Libro III, el Título IX *“De los desheredamientos”*, en la Ley III *“Como si el fijo embargare al padre que no mande en su testamento lo que quisiere, meresce pena”*, expresaba:

Quando fijo, o otro heredero por ruego ó por falago, á su padre, ó á su abuelo tuelle de facer la manda que quisiere facer, é facergela facer de otra guisa, no debe haber la pena que manda la Ley: ca aquel debe haber la pena, que por la fuerza embarga al padre, ó al abuelo que no faga la manda, ó que le tuelle que no pueda haber los testigos, ó Escribano con quien faga la manda. Otrósi haya pena quien por fuerza ficriere á padre, ó á abuelo facer la manda, ó en otra manera que la él quiera facer.

⁷⁸⁵ MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1885). *Códigos Antiguos de España*. Tomo I. Madrid: Administración Arco de Santa María, 41 Triplicado, principal, p. 25 y ss; 33 y ss; BEATO DEL PALACIO, *op. cit.*, p. 67. “En esta ley 4 aparecen mencionadas tres causas por las que el ingrato (indigno) pierde la herencia: 1) Que aquel a quien se nombró heredero matara después al testador o contribuyera a ello; 2) Que lo matara otro, y el heredero no demandara su muerte; 3) Que dijere que es falsa aquella manda en que es heredero”.

Era considerado indigno de suceder a aquél que engañaba o impedía hacer testamento a su padre o a su abuelo. En la Ley IV “*Como aquel que fuere ingrato al que hereda, pierda la herencia, é vuelva al Rey la herencia*”, del mismo libro y título establecía:

Si alguno que no hobiere herederos derechos, fiziere su manda, é fiziere en ella heredero partieron á otro qualquier, si aquel que fizo heredero lo matare después, ó fuere en su muerte, ó si lo matare otro, que no demandare su muerte, no herede en lo suyo, é todo quanto había de haber de aquel heredamiento, hayalo el Rey: y esto mesmo sea en los fijos, ó en los nietos, é dende ayuso. Otrosí, mandamos, de quienquier que sea heredero derecho por manda de otro, que no sea fijo, ó nieto, ó dende ayuso, si dixere que aquella manda es falsa en que es heredero, que no haya en ella nada, é finque todo al Rey quanto él debía haber (Ley XII, Título VII, P. 6).

Esta ley recogía las causas de indignidad para suceder en los casos de ingratitud hacia los ascendientes; o bien que fueran matados por los herederos, quienes perdían la herencia fundándose en el principio tradicional de que, el matador no herede a la víctima. El Libro IV, Título IX “*De los que dexan la orden é de los sodomitas*”, la Ley I:

Si algún Mongue, ó otro home de Orden dexáre el hábito, el Rey lo torne a la orden, maguer que ninguno no lo acuse, ni haya nunca mayor lugar en la orden, é sea de los menores de la orden, y en grave penitencia. Pero si alguno se tornare por su voluntad a la orden ante que sea costreñido, no haya la pena sobredicha, ni aquellos que en enfermedad, ó en sanidad tomaron orden, y ante del año cumplido la dexaren, si promisión por su voluntad ante del año no fizieren: é la buena de aquellos que sin derecho dexaren la orden así como sobredicho es, hayan sus fijos derechos, si los hobiere; sino, los parientes mas propinquos: y esto mesmo sea en las mujeres de orden que dexaren sus Monasterios, así como sobredicho es, quier casen después, quier no.

Aquí encontramos que a título de pena se privaba de la herencia a los hijos habidos entre hombres que se casan con mujeres de órdenes, por

cuanto a los mismos se les consideraba que no eran hijos de derecho. En el mismo Libro IV, pero el Título XI “*De los que casan con las siervas, o con los que fueren siervos*”, en la Ley III, decía: “*Si alguna mujer libre casáre con siervo á sabiendas pierda quanto hobiere, é háyanlo los fijos derechos si los hobiere, ó dende ayuso: é si los no hobiere, háyanlo los parientes mas propinquos la meytad, é la otra meytad al Rey*”. Este canon castigaba a la mujer libre que se casaba con un siervo a sabiendas, con la pérdida, de los bienes que le correspondían en la herencia.⁷⁸⁶

III. c) Las Siete Partidas

La Partida 6, “*Que fabla de los testamentos, é de las herencias*”, en el Título VII “*De como e porque razones puede ome desheredar en su testamento a aquel que debe heredar sus bienes. E otrosi, porque razones puede perder la herencia aquel que fuese establecido por heredero en el, maguer non desheredase*”, la Ley XIII disponía: “*Seys razones principales mostraron los sabios antiguos, que por cada una dellas debe perder el heredero la herencia del finado*”. El precepto enumeraba las causas de indignidad que eran las siguientes: 1) a) Que el heredero, conociendo la muerte provocada de su causante, entraba en la herencia antes de querellarse ante el juez; o b) que el heredero conociera que la muerte fue ocasionada por “extraños” al causante, podía entrar a la herencia y querellarse al juez, después de la muerte de aquel hasta un plazo de 5 años, pero si transcurría dicho plazo sin que presentase querrela, la herencia pasaba al Rey; 2) Cuando el heredero abría el testamento antes de hacer la acusación de los asesinos del causante, siendo sabedor de quiénes eran

⁷⁸⁶ MARTÍNEZ ALCUBILLA, *op. cit.*, p. 125 y 138; BEATO DEL PALACIO, *op. cit.*, p. 67; PASCUAL QUINTANA, *op. cit.*, p. 312 y ss; SCHIPANI, S. (2007). *Código Civil de la República Argentina*. Con la traducción de Idelfonso García del Corral de las Fuentes Romanas citadas por Dalmacio Vélez Sarsfield en las notas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 885.

(salvo si era “aldeano necio”); 3) Si el testador murió “por obra, o por consejo, o por culpa del heredero”; 4) Cuando el heredero cometió adulterio con la mujer de aquel que lo había establecido como heredero; 5) Si el heredero “acusaba el testamento, o la escritura en que fue establecido, diciendo que era falso”, y la sentencia judicial declaraba que era verdadero; 6) Que el heredero atendió los ruegos del testador de que reciba la herencia para entregarla a una persona incapaz de recibirla según la ley. (En este caso, se castigaba el fideicomiso, prohibido por la ley). Junto a estas causas principales de indignidad, aparecen otras en este cuerpo legal que privaban al heredero de la herencia, y que la doctrina las consideró también como causales generadoras de indignidad, las mismas aparecen en la Partida 6, en el Título VII, en la Ley XVII, y en las leyes XXVI y XXVIII, del Título I, de la misma Partida. Estas eran: a) Cuando el instituido heredero y tutor de los hijos del causante se negaba a ejercer esta última función; b) Cuando algún hombre robase el testamento en que le habían hecho una manda; c) Si el testador había instituido heredero al que creía era hijo suyo, no siéndolo en realidad; d) Si el causante era cristiano y estableció como heredero a un hereje, moro o judío; e) Cuando el hijo no cuidaba de su padre furioso o desmemoriado; f) Si el causante caía en cautividad y el heredero no lo liberaba.⁷⁸⁷

⁷⁸⁷ BEATO DEL PALACIO, *op. cit.*, p. 67 y ss; MARTÍNEZ ALCUBILLA, *op. cit.*, p. 592 y ss., 577. Partida 6, Título VII, Ley XII “*Porque razón deuen perder los herederos la herencia que deúan auer*”: “*Seys razones principales mostraron los sabios antiguos que por cada una dellas deue perder el heredero la herencia del finado. La primeraes: quando el señor de los bienes fue muerto por obra, o por consejo de algunos de su compañía, si el heredero sabiendo esto entrasse la heredad, ante que fiziesse querella al juez, de la muerte de aquel cuyos bienes quería heredar. Mas si al testador ouiesse muerto otros estraños, que non fuesen de su compañía: bien podrá su heredero entrar la herencia e después fazer querella de la muerte del, fasta cinco años. E si fasta este tiempo non lo fiziere, deuela perder, e deuegela tomar el Rey, assí como a ome que la non merece. La segunda razon es, quando el heredero abre el*

III. d) La Novísima Recopilación

En el Libro X “*De los contratos y obligaciones. Testamentos y herencias*”, en el Título XX denominado “*De las herencias, mandas y legados*”, en

*testamento de aquel que lo establescio, ante que fiziessen la acusacion de los matadores del, seyendo sabidor de los que auian muerto. Pero si non lo sopiesse o fuesse aldeano necio: entonce non perdería la herencia por esta razon. La tercera es, si fuesse sabidor en verdad, que el testador fuesse muerto por obra, e por consejo, o por culpa del heredero, La quarta es, quando el heredero yoguiesse con la muger de aquel que le establescio por heredero. La quinta es: si el heredero acusasse el testamento, o la escritura en que fuesse establescido, diciendo que era falso, siguiendo esta acusacion fasta que diesse juyzio sobre ella. Ca si fuesse fallado el testamento por verdadero, perdería el por ende la herencia. Esso mismo sería si el heredero fuesse personero, o abogado para seguir tal acusacion como esta contra el testamento en que fuesse establescido. Fuera ende si lo fiziessse por pro, o por mandado del Rey, o si fuesse guardador de algund huerfano, e razonasse contra el testamento por pro del, ca estonces non le empesceria. La sesta razon es: quando el testador rogasse al heredero en poridad que diesse aquella heredad en que le estableciesse a algún su fijo, o a otro que lo non podía heredar, porque le era defendido por la ley. Ca si el heredero compliesse tal ruego, o mandamiento del testador, e la entregasse al otro, perdería por ende el derecho que auia en la heredad. E por qualquier destas seys razones sobredichas pierde el heredero la herencia: e deuela auer el Rey: e por estas mismas razones que el heredero deue perder la herencia, por esas mismas perderian las mandas, aquellos a quien fuesen fechas”. Partida 6, en el Título VII, en la Ley XVII “*Por quales razones la herencia que el heredero perdiesse por yerro que ouiesse fecho, non la deue auer el Rey*”: “*Cuydarian algunos que todas las cosas que son tomadas a los que las non merescen, que deuen ser de la cámara del Rey. E por ende dezimos, que cosas y ha en que non sería assi. E esto sería como si dixesse el testador, e mandasse a algund ome alguna cosa señaladamente: e despues desto dixesse que rogaua a aquel omo que fuesse guardador de sus fijos, a que llaman en latin tutor. Ca si atal non quisiessese guardador de los moços, non merescia auer la manda. Pero tal manda que se toma por este por razon que era desconosciente al fazedor del testamento, será de los huerfanos sobredichos, e non del Rey. Otrosi dezimos que**

la Ley XI “*De los herederos del muerto violentamente, no querellándose al matador, pierden la herencia para la Cámara*”, decía:

Si algún hombre fuere muerto a traición ó á tuerto, y sus herederos quisieren heredar sus bienes por herencia, y los resciben, y la muerte no querellan dentro de cinco años

si algund ome furtasse el testamento en que lo ouiessem fecho alguna manda, que la pierde por esta razon, e que deue ser de los herederos del testador e non del Rey. E aun dezimos que si el testador estableciere por su heredero a alguno, cuidando sin dubda ninguna que era su fijo, que si despues de la muerte del testador fuesse sabido en verdad que non lo era, perderia por ende el heredero tal heredad, porque non la meresce auer, pues que sabidoes verdaderamente, que non ee su fijo del finado. Pero tal herencia como esta non seria del Rey, mas de los parientes mas propincos del testador si los ouiesse. E si parientes non ouiesse, entonce deue ser del Rey. Esso mesmo seria si algún christiano estableciesse por su heredero a algund herege, o moro, o judio. Ca la heredad en que fuesse establecido por el heredero alguno destos sobredichos, auerla y an los mas propincos parientes del testador, en non el Rey, maguer estos atales non la meresciessen auer. Otrosi dezimos, que quando algun fijo fuesse sin piedad, que non quisiesse pensar en su padre que fuesse furioso, o desmemoriado, podiendolo fazer: e pensasse otro estraño del, segund diximos de suso en las leyes, que fablan en esta razon, que por ende pierde la heredad, como ome que la non meresce auer. Con todo esso, tal herencia como esta non seria del Rey, mas de aquel estraño sobredicho, que pensó del, dandole lo que le era menesteren su vida. Esso mismo seria, si algún ome yoguiesse en catiuo, e el fijo o el otro que lo ouiesse a heredar, non lo quisiesse sacar de catiuo: assi como de suso diximos. Ca maguer esta atal perdiessse la heredad, e non la meresciessse auer, por tal razon como por esta non seria del rey: mas deue ser dada para sacar captiuos, assi como ya diximos.” Partida 6, Título I “Que cosa es testamento”, Ley XXVI “Que pena deue aquel, que embarga a otro, porque non pueda fazer testamento.”: “Malamente yerran algunos omes, embargando a las vegadas a otros, que non pueden fazer testamento. E por ende es guisado, que non finquen sin pena aquellos que lo fizieren. Onde dezimos que qualquier que tal embargo fiziere a otro, que deue perder el derecho, que deue auer en los bienes de aquel que destoruo, en qual manera quier que los deuiessse auer. E aquello que el perdiere por esta razon deue ser de la Camara del Rey. E esta pena deue auer,

por querrela de justicia ante el Rey ó ante sus Alcaldes, pierden la berencia que del finado han recaudado para la nuestra Cámara; y esto se entienda en aquellos que han edad cumplida y son varones, y si fuere sabido quien fue el matador, y que sea en la tierra, y que sea poderoso para demandar la muerte (Ley 11, Tit. 8, Lib. 5, R).

por el grand yerro que fizo a Dios, e por el atreuimiento e el tuerto que faze al Señor de la tierra, e al alma del finado, e a todos los otros omes, en dar mal exemplo de si". Partida 6, Título I, Ley XXVI "Que razones mueuen los omes a embargar a otros, que non fagan testamento: e quantas maneras son deste embargo": "Vanas e malas razones mueuen a los omes a las vegadas a embargar a otros que non fagan sus testamentos. Ca algunos y a dellos, que fazen esto, porque los ayan establescido sus herederos en sus testamentos, e veyendo que quieren fazer otro testamento, embargan que lo non fagan, nin cambien, aquel que auian ya fecho. Otros y a, que son tan propincos, que atiendan de heredar los bienes de sus parientes, si acaesciere que mueran sin manda: e por ende embarganlos que non lo puedan fazer. Otros y a, que maguer, consientan que fagan testamento, con toso esso, quieren que lo ordene a su guisa e a su plazar. E este embargo fazen en muchas maneras, assi como faziendo fuerça, a aquellos mismos que quieren fazer sus testamentos de guisa que los non pueden fazer. E otros y a que amenazan los escribanos e a los testigos, con quien lo han de fazer, en manera que non osan venir a aquel que quiere fazer su testamento de lo suyo. E por ende mandamos: que qualquier que embargasse a otro en alguna destas maneras sobredichas, o en otra semejante dellas, sil fuere prouado: que pierda el derecho que podia auer en los bienes de aquel, a quien fizo este embargo, en qual manera quier. Empero, si fuerça, nin premia ninguna nol fiziesse, mas rogandole, por buenas palabras, lo aduxesse, a que non fiziesse testamento, estonce non perderia lo que deui auer, o heredar de los bienes del, maguer el otro por su dicho, o por sus palabras, se dexasse de fazer el testamento: o de cambiar, el que ante auia fecho. E otrosi dezimos que si los fijos, embargaren al padre, que non fagan su testamento, que non puedan despues heredar en los bienes del padre, maguer muera sin manda. Mas si fuesen dos fijos o mas: e el vno dellos embargasse que non fiziesse el testamento, non los otros: aquellos que lo non embargasen deuen auer cada vno su parte, e la parte de aquel que lo embargo deue ser del Rey. E esso mismo seria, si el padre embargasse al fijo, que non fiziesse su testamento, de las cosas que pudiesse fazer"; BORDA, G. (1994). *Tratado de Derecho Civil: Sucesiones*. Tomo I. Buenos Aires: Perrot, p. 74 y 93; BORDA, G. (1997).

Se repite nuevamente como causal de indignidad cuando el heredero que conocía al asesino del causante y no lo querellaba dentro del plazo de cinco años, la herencia pasaba a la Cámara.⁷⁸⁸

IV. Recepción del instituto de la indignidad en el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield

Vélez Sarsfield, inspirado en García Goyena y en el Proyecto de Código Civil español de 1851, siguió la tradición romano-hispánica y legisló de manera separada la indignidad de la desheredación. Las normas relativas a indignidad para suceder estaban en el Libro IV “De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes”, en la Sección I “De la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían”, en el Título I “De las sucesiones”, en el Capítulo único “De la incapacidad para suceder”. La figura en análisis no constituía una incapacidad propiamente dicha, sino que era simplemente una sanción legal en virtud de la cual quedaba el heredero excluido de la sucesión por haber incurrido en ofensas contra el difunto. Es decir, se trataba de una anomalía a la vocación sucesoria que se manifestaba por la mediación de ciertas circunstancias; que podía traducirse en la ineficiencia de dicha vocación. Por lo tanto, en nuestra legislación derogada, nuestro codificador siguió el sistema romano, ya que el indigno era capaz de suceder y el llamamiento se efectivizaba, pero estaba

Manual de Sucesiones. Buenos Aires: Perrot, p. 48; LAFURIE BORNACELLI, A. y LA TORRE IGLESIAS, E. (2014). “La Indignidad para Suceder: Análisis histórico, Caracterización Jurídica y Perspectiva Crítica desde el Derecho Comparado”. En *Revista Digital Derecho a pensar*, Edición N° 1: Julio-Diciembre, Colombia, ISSN: 2389-8445, Ed. Universidad Popular del Cesar, p. 4 y ss.

⁷⁸⁸ MARTÍNEZ ALCUBILLA, op. cit., p. 1769; SCHIPANI, op. cit., p. 884.

sometido a la eventualidad jurídica que se podía producir su exclusión de la herencia por medio de la declaración judicial que así lo calificaba. Planiol opinaba que la indignidad no era otra cosa que una desheredación pronunciada de oficio por la ley, en casos que por su gravedad no permitían dudar de la voluntad del causante de excluir al culpable. Si la ley imponía la sanción por sí misma, era previendo la hipótesis de que el causante no habuiera conocido el hecho o no pudo expresar su voluntad por temor o su manifestación fue ocultada o destruida. Pero esta presunción debía ceder cuando el causante mantenía la vocación del indigno y perdonaba la ofensa realizada (art. 3297 del CC). Las personas que podían ser declaradas indignas eran los herederos ya fueran testamentarios o *ab intestato*, como también los legatarios (art. 3300 del CC).⁷⁸⁹

La indignidad debía existir al tiempo de la muerte del causante (arts. 3287 y 3302 del CC). Pero no siempre era posible aplicar esta regla, dado que el mismo cuerpo normativo enumeraba casos en los que el hecho generador de la indignidad se producía posteriormente, como lo era la sustracción del testamento (art. 3296 del CC) y la falta de denuncia de la muerte violenta del *de cuius* (art. 3292 del CC).⁷⁹⁰

El Código Civil enumeraba distintas causales de indignidad, entre ellas se encontraban: a) los condenados a juicio por homicidio o la

⁷⁸⁹ FERRER, F. (2013). "La desheredación y el Proyecto de Código". En *Revista La Ley*, F. Buenos Aires: Ed. La Ley, p. 956; BORDA, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 71 y ss; BORDA, *Manual...*, p. 40 y ss; RÉBORA, J. (1932). *Derecho de las Sucesiones*. Tomo I. Buenos Aires: La Facultad, p. 66; ZANNONI, E. (1994). *Manual de Derecho de las Sucesiones*. Buenos Aires: Astrea, p. 74 y ss. "En la noción de indignidad hay un evidente juicio de reproche que la ley hace al llamado a suceder en función de los actos que han agraviado a la persona del causante. La ley se funda en circunstancias que afectan a sujetos de derecho con aptitud general de ser instituidos herederos o legatarios. En las causas de indignidad domina la idea de acto ilícito al que se responde con una sanción civil de la pérdida de la herencia". MAFFIA, J. (1987). *Manual de Derecho Sucesorio*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, p. 75 y ss.

⁷⁹⁰ BORDA, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 74 y ss; BORDA, *Manual...*, *op. cit.*, p. 41.

tentativa de homicidio contra el causante, su cónyuge o descendiente (art. 3291 del CC); b) omisión de la denuncia de la muerte violenta del causante, por parte del heredero mayor de edad (art. 3292 del CC); c) acusación criminal contra el causante (art. 3293 del CC); d) el adulterio con la mujer del causante (art. 3294 del CC), hay que aclarar que la Ley 24.453 eliminó el delito de adulterio del Código Penal, por lo que significó la supresión de esta causal; e) abandono del difunto que se hallaba demente (art. 3295 del CC); f) atentados contra la última voluntad del difunto, ya sea que se haya estorbado por la fuerza o mediante fraude (dolo) a que realizara el testamento, o que lo revocara, o lo forzó para que realice otro, o sustrajo el testamento (art. 3296 del CC). La Ley 23.264 modificó el régimen de la filiación y de la patria potestad, por los que agregó como causal de indignidad para suceder los padres a los hijos el incumplimiento de los deberes asistenciales, lo que comprendía la falta de reconocimiento voluntario del menor de edad o cuando no le prestó alimentos conforme a su condición y fortuna (art. 3296 bis del CC). Estas causales eran de carácter excepcional y limitado, no se podían extender a otras situaciones consideradas de mayor gravedad. Por este motivo fue criticado Vélez, dado que consideraban que incluyó en el Código pocas causas de indignidad.⁷⁹¹

La indignidad no operaba de pleno derecho, se exigía que se iniciara una acción que se podía ejercer contra los sucesores legítimos o testamentarios y contra los legatarios (arts. 3298 y 3300 del CC), y además se necesitaba un pronunciamiento judicial dictado por un juez civil, en

⁷⁹¹ MAFFIA, *op. cit.* p. 77 y ss; BORDA, G.; *Tratado...*, *op. cit.*, p. 75 y ss. "El Código Civil ha enumerado las causales de indignidad en varios preceptos sin decir (a diferencia de los que ocurría con la desheredación, art. 3744 del CC), si la enumeración era o no limitativa. Sin embargo había acuerdo que lo era. Esta institución era una sanción legal y como tal, no podía imponerse sino cuando la ley lo establecía expresamente. Los jueces, por vía de interpretación no podían crear indignidades, pues ello importaría introducir la arbitrariedad y la incertidumbre"; BORDA, *Manual...*, *op. cit.*, p. 42 y ss; ZANNONI, *op. cit.* p. 76 y ss.

el cual se declaraba al indigno excluido. Las exclusiones por causa de indignidad solo podían ser demandadas por parientes, a quienes les correspondía suceder a falta del excluido de la herencia o en concurrencia con él (art. 3304 del CC).⁷⁹²

La declaración de indignidad solo tenía efectos respecto de la sucesión de la persona hacia la cual el indigno fue culpable de la falta por la cual se pronunció (art. 3303 del CC). Es decir, que la privación del llamamiento estaba referida únicamente respecto del causante que fue objeto de su ofensa. Sin embargo, esto no impedía que pudiera heredar de otras personas, incluso de aquellas que lo sustituyeron por su causa de indignidad. Por esta vía indirecta, podía el indigno recibir bienes que habían pertenecido a la persona que ofendió (nota del art. 3303 del CC). En cambio, no se podía representar a la persona de cuya sucesión había sido excluido (art. 3553 del CC). Principalmente la declaración de indignidad excluía al indigno de la herencia. Se consideraba como si nunca hubiere sido heredero. En el caso de haber entrado en posesión

⁷⁹² ZANNONI, *op. cit.*, p. 811 y ss. “La acción de indignidad era declarativa en el momento de la apertura de la sucesión, por efecto de la sentencia, se reputaba al indigno como no habiendo sido nunca heredero, sin perjuicio del derecho de representación (art. 3301 del CC). Esta acción debía sustanciarse por juicio ordinario en cuanto significaba una modificación sustancial al título hereditario obtenido mediante la declaratoria de herederos, si ésta hubiere sido dictada. Al mencionar el art. 3304 del CC los parientes llamados a suceder a falta del indigno o en concurrencia con él, parecía que limitaba la acción solo a los herederos legítimos cuya vocación hereditaria *ab intestato* hace la ley basándose en el vínculo de parentesco. Pero en concurrencia o con exclusión del indigno, tenían vocación hereditaria el cónyuge supérstite, si era heredero; el heredero instituido en testamento independientemente del vínculo de parentesco”; MAFFIA, *op. cit.*, p. 88 y ss. “Los legatarios, el fisco, los acreedores del heredero, los acreedores y deudores del causante carecen de legitimación activa para iniciar la acción de indignidad. Los parientes de grado más alejado no podían ejercer la pretensión en caso de inacción del que debía ocupar el lugar del indigno.” BORDA, G.; *Tratado...*, *op. cit.*, p. 99 y ss; BORDA, *op. cit.*, p. 50 y ss.

de los bienes, debía restituirlos a los herederos que lo sustituyeron con todos los accesorios, aumentos, productos y frutos obtenidos de ellos desde la apertura de la sucesión (art. 3305 del CC). Además, estaba obligado a satisfacer los intereses de todas las sumas de dinero que recibió, que pertenecían a la herencia, aunque no hubiera percibido de ellas interés alguno (art. 3306 del CC). Si el indigno enajenó los bienes heredados, a título gratuito u oneroso, estaba obligado a indemnizar a quien lo sustituyó en sus derechos sucesorios por daños y perjuicios (art. 3309 del CC). También cesaban los efectos de la confusión cuando la aceptación de la herencia era sin beneficio de inventario, por lo que los créditos o las deudas que tenía el declarado indigno con el causante no se extinguían por este medio (art. 3308 del CC). Es necesario destacar los efectos que producía la indignidad respecto a los descendientes del indigno y respecto a terceros. En el primer caso, el artículo 3301 del CC, modificado por la Ley 17.711, disponía que los hijos del indigno venían a la sucesión por derecho de representación, pero el indigno no podía reclamar sobre los bienes de la sucesión el usufructo y la administración que la ley acordaba a los padres sobre los bienes de los hijos. En relación a los terceros la declaración de indignidad no afectaba los bienes adquiridos por ellos, en base a los actos realizados por el indigno mientras estuvo en posesión de la herencia (art. 3309 del CC). El valor que la ley reconocía a los actos celebrados por el indigno con terceros se apoyaba en la necesidad de proteger a los contratantes de buena fe, pero no se aplicaba dicha protección a los negocios gratuitos u onerosos que se celebraban fraudulentamente entre el indigno y el tercero para perjudicar al heredero, por lo que se permitía revocarlos (art. 3310 del CC). La declaración de indignidad solo beneficiaba al heredero que demandó y en la medida de su interés.⁷⁹³

Los efectos de la indignidad desaparecían por dos causales: a) el perdón

⁷⁹³ BORDA, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 104 y ss; BORDA, *Manual...*, *op. cit.*, p. 51 y ss; ZANNONI, *op. cit.*, p. 81 y ss; MAFFIA, *op. cit.*, p. 91 y ss.

del ofendido que se encontraba instrumentado en un testamento posterior al hecho ofensivo (art. 3297 del CC) y b) la posesión de la herencia por el indigno durante más de tres años se declaraba purgada la indignidad (art. 3298 del CC). Según el artículo 3300 del CC “a los herederos se le transmitía la herencia o legado de que su autor se hizo indigno, pero con el mismo vicio de indignidad por todo el tiempo que faltaba completar los tres años”, es decir, que la posesión de los herederos se unía a la del indigno y bastaba que entre ambas sumasen tres años para que caducara la indignidad.⁷⁹⁴

V. La indignidad para suceder en el Código Civil y Comercial de la Nación

El tema analizado se encuentra legislado actualmente en el Libro V “Transmisión de derechos por causa de muerte”, en el Título I “Sucesiones”, en el Capítulo II “Indignidad”, en los artículos 2281 a 2285 del Código Civil y Comercial de la Nación, que acertadamente no solo amplía las causales de indignidad, sino que además aclara los efectos, extremos y legitimados de las mismas en función a lo que la doctrina y la jurisprudencia venían señalando. En el artículo 2281 del CCC se han reiterado algunas causales de indignidad mejorando su redacción y se han incorporado otros comportamientos. Ahora se alude a los autores, cómplices o partícipes de un delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Se reitera que esta causa no se cubre por la extinción de la acción personal ni por

⁷⁹⁴ BORDA, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 117 y ss; BORDA, *Manual...*, *op. cit.*, p. 56 y ss; ZANNONI, *op. cit.*, p. 91 y ss. “El art. 3300 del CC. se refería a los tres años requeridos para la purga de la indignidad por posesión de la herencia o legado”; MAFFIA, *op. cit.*, p. 100 y ss.

la de la pena, pero aclara como novedad en todos los supuestos que no es necesaria la condena penal sino que resulta suficiente la prueba de que el hecho es imputable e indigno. Otro supuesto es el maltrato físico grave al causante o haber ofendido su memoria que es una novedad legislativa. Se mantiene la acusación criminal o denuncia del causante, pero no se establece la determinación del delito por el tiempo de la pena prevista sino por la mención de la prisión o reclusión. No se incurre en esta causal cuando la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano o haya obrado en cumplimiento de un deber legal. Sigue constituyendo causa de indignidad la omisión de denunciar la muerte violenta del causante dentro del mes de ocurrida, salvo que antes la Justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio. No tienen obligación de denunciar las personas incapaces o con capacidad restringida, ni los descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos del homicida o de su cómplice. La falta de la prestación debida al causante por parte de los parientes o del cónyuge o si aquel no podía valerse por sí mismo y no lo hayan recogido en un establecimiento adecuado los hace incurrir en otra causa de indignidad. El padre extramatrimonial que no haya reconocido al hijo durante su minoría de edad o el padre o madre que hayan sido privados de la responsabilidad parental pueden ser declarados indignos. Los que hayan coartado la voluntad del testador en las formas que se ejemplifica y los que incurran en las causas de ingratitud que permiten revocar las donaciones son las últimas causales de indignidad.⁷⁹⁵

⁷⁹⁵ BUERES, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*. Tomo II. Buenos Aires: Hammurabi, p. 511 y ss. "Art. 2281 CCC: Causas de indignidad. Son indignos de suceder: a) los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena; b) los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria; c) los que hayan acusado o

El artículo 2282 del CCC mantiene el precepto del derecho derogado en relación al perdón del causante hace cesar la indignidad pero se nombra adecuadamente la figura como “perdón de la indignidad”. Dicho perdón puede ser expreso o tácito, de modo que desaparece la exigencia de que deba ser expresado por testamento, por lo cual el perdón puede ser incluso verbal, como lo venía proponiendo la doctrina y los anteriores proyectos (Anteproyecto Bibiloni, art. 1900; Proyecto de 1936, art. 1902, inc., 1º, Anteproyecto de 1954, art. 649, último párr; Proyecto de 1998, art. 2232), pero el juez deberá ser muy cuidadoso al apreciar la prueba en estos casos, la cual debe ser inequívoca en cuanto a la

denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal; d) los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de un mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice; e) los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo; f) el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad; g) el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental; h) los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento; i) los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones. En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal”; HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo VI. Libro Quinto y Libro Sexto. Artículos 2277 a 2671. Buenos Aires: Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, p. 12 y ss; LORENZETTI, R. y DE LORENZO M. (coord.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo X (arts. 2162 a 2443). Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 412 y ss; FERRER, F. (2020). “El Derecho de Sucesiones en el Código Civil y Comercial.” En *Revista de*

existencia del perdón. Agrega también que el testamento que beneficia al indigno, posterior a los hechos de indignidad, comporta el perdón, excepto que se pruebe el desconocimiento del hecho por el testador.⁷⁹⁶

la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral Nueva Época, N° 12, Edición especial centenarios, p. 313 y ss; ROLLERI, G.; *La exclusión hereditaria en el nuevo Código Civil: fortalecimiento de la indignidad y supresión de la desheredación*, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, N° 3 -2015, Buenos Aires 2015, Ed. La Ley, págs. 106 y ss; ROLLERI, G. (2016). "Principales modificaciones al Derecho Sucesorio en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". En *Revista Jurídica Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora*, N° 1, Año 1, p. 2.

⁷⁹⁶ FERRER, *op. cit.*, p. 314; BUERES, *op. cit.*, p. 512 y ss; HERRERA, CAMELO y PICASSO, *op. cit.*, p. 16; LORENZETTI y DE LORENZO, *op. cit.*, p. 426 y ss; ROLLERI, G. (2015). "La exclusión hereditaria en el nuevo Código Civil: fortalecimiento de la indignidad y supresión de la desheredación". En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, N° 3, p. 109. "Los antecedentes de esta norma se remiten al artículo 3297 del anterior Código, que establecía que las causas de indignidad no podrían alegarse contra disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que las produjeron, aun cuando se ofreciere probar que el difunto no había tenido conocimiento de esos hechos al tiempo de testar ni después, y en concordancia con ello el artículo 3750 determinaba que la reconciliación posterior del ofensor y del ofendido quitaba el derecho de desheredar, y dejaba sin efecto la desheredación ya hecha. La redacción del artículo intenta arrojar claridad acerca de los mecanismos y supuestos que podrían excluir la indignidad, en función a los diferentes criterios doctrinarios de aquella época, en lo concerniente a la forma en que el perdón debía ser manifestado para causar sus efectos. Así, se debatía si el perdón no manifestado testamentariamente podía provocar también la purga de la indignidad. Algunos autores interpretaban rigurosamente el artículo 3297 y consideraban que solo sería eficaz el perdón instrumentado en testamento (Llerena, Prayones, Rébora, Zannoni). Otros en cambio, admitían la eficacia del perdón no contenido en un testamento, siempre que este fuera inequívoco y se lo pudiera probar fehacientemente, pues de lo contrario se incurría en contradicción con lo dispuesto por el anterior 3750 que admitía la reconciliación, acreditable por cualquier medio probatorio, como causa extintiva de la desheredación, lo que se aplicaba en forma análoga al instituto de la indignidad (Lafaille,

Se especifican en el artículo 2283 del CCC los elementos esenciales de la acción de indignidad, que son: a) la oportunidad de interposición y b) los legitimados activos y pasivos. La norma aclara que la acción de indignidad solo puede ser demandada después de la muerte del causante. Incorpora con amplio criterio la facultad de solicitar la exclusión del indigno a quien pretenda sus derechos, otorgando también la facultad de oponerla como excepción cuando se es demandado por reducción, colación o petición de herencia. Con esta nueva redacción, se encontrarían legitimados para plantear la acción: a) El cónyuge, pues por su calidad de heredero legitimario que concurre con descendientes y ascendientes y desplaza a parientes colaterales, podría pretender los derechos del indigno; b) Los descendientes; c) Los ascendientes; d) Los herederos instituidos, para proteger la porción que pudiera corresponderles; e) Los legatarios; f) El fisco, se encuentra legitimado y puede demandar la indignidad si por falta del indigno tiene que recibir los bienes hereditarios, pues aun cuando no es propiamente un heredero, recibe los bienes como si lo fuera. Respecto a la legitimación pasiva se innova dado que la acción puede ser dirigida contra los sucesores a título gratuito del indigno, o contra sus sucesores particulares a título oneroso de mala fe

De Gásperi, Borda, Poviña, Pérez Lasala, Goyena Copello, Maffia, Lloveras). Cabe mencionar que dicho artículo no ha sido replicado por ninguna disposición en el nuevo Código atento la supresión del instituto de la desheredación. El perdón a quien produjo el agravio contra el causante puede ser expreso, cuando es manifestado explícitamente por el testador, como también tácito, cuando el testador ha dispuesto en su testamento, con posterioridad al hecho agravante, una disposición testamentaria en su beneficio, ya sea instituyéndolo heredero o efectuándole un legado. Para algunos autores con los cuales coincidimos, aplicando un criterio más amplio se puede considerar que el perdón manifestado de otra forma también resulta válido cuando sea inequívoco y su prueba fehaciente. Es por ello que entendemos que dado que el artículo analizado no establece una forma expresa, dicho perdón podría ser efectuado de cualquier manera, pudiendo el interesado en demostrarlo valerse de cualquier medio probatorio para demostrar su existencia.”

para evitar que a través de una liberalidad o de un acto fraudulento se perjudiquen los derechos de quien va a ocupar el lugar del indigno en la sucesión del causante. Por último, se define la mala fe como el conocimiento por parte del tercero de la causa de indignidad.⁷⁹⁷

El artículo 2284 del CCC dispone que la acción de indignidad caduca para los herederos a los tres años desde la apertura de la sucesión, y respecto del legatario indigno, por igual plazo desde la entrega del legado. No obstante, el demandado por el indigno por reducción, colación o petición de herencia puede oponer la indignidad en todo tiempo. La nueva redacción de este artículo concluyó con el debate que existía en torno a la interpretación del artículo 3298 del derogado Código Civil de Vélez, que disponía la caducidad de la acción de indignidad por la posesión de la herencia o legado por más de tres años, por lo cual la posesión no se adquiere en un mismo instante para todos los herederos, en tanto que la apertura de la sucesión rige para todos los efectos desde el mismo momento.⁷⁹⁸

La redacción del artículo 2285 del CCC siguió la solución del Código Civil derogado, por lo que la sentencia de declaración de indignidad excluye al indigno de la herencia y se considera como si nunca hubiese sido heredero, dando lugar al derecho de representación. Como consecuencia de esta declaración, el indigno debe restituir los bienes recibidos,

⁷⁹⁷ HERRERA, CAMELO y PICASSO, *op. cit.*, p. 16 y ss; ROLLERI, *La exclusión...*, *op. cit.*, p. 110 y ss; FERRER, *op. cit.*, p. 315 y ss; BUERES, *op. cit.*, p. 513; LORENZETTI y DE LORENZO, *op. cit.*, p. 428 y ss.

⁷⁹⁸ FERRER, *op. cit.* p. 316. "Concluye este artículo el debate que existía sobre la interpretación del art. 3298 de CC de Vélez. ¿Se trataba de la posesión hereditaria o de la posesión material de los bienes? La duda se terminó con la solución categórica del CCC: para todos los herederos, hayan obtenido o no declaratoria de herederos o auto aprobatorio de testamento, estén o no en posesión material de los bienes, la acción caduca a los tres años desde la apertura de la sucesión"; LORENZETTI y DE LORENZO, *op. cit.*, p. 432 y ss; BUERES, *op. cit.*, p. 513 y ss; HERRERA, CAMELO y PICASSO, *op. cit.*, p. 17.

considerándolo poseedor de mala fe. También debe los intereses de las sumas de dinero, aunque no los hubiese percibido, y quedan sin efecto las compensaciones realizadas entre los derechos y obligaciones del indigno y el causante.⁷⁹⁹

Es necesario destacar que el CCC suprimió la desheredación. Según la exposición de motivos de la comisión redactora, se hizo para evitar que con la indignidad se produzca “una doble regulación para situaciones prácticamente idénticas”. Esto no es exacto, ya que si bien las situaciones pueden ser similares entre las causas de indignidad y las de la derogada desheredación, se quita parcialmente autonomía personal al futuro causante que podía privar de la legítima a los herederos forzosos que ofendieron gravemente al causante, por lo que es un instrumento complementario y necesario, por razones de estricta justicia. Pues si la ley imperativamente le asigna un heredero al causante, es justo que éste en vida tenga el medio de excluirlo si ha sido agraviado por aquel. Actualmente no lo puede hacer, y la indignidad no remedia la cuestión, puesto que quien podrá ejercer la acción es el sucesor a quien le pueda interesar desplazar al indigno, y no el ofendido, o sea el propio causante, que es el único que puede medir con justeza la gravedad de la ofensa. Otra razón para mantener la desheredación es que fortifica la autoridad del causante, y por ello frente a la situación actual de una mayor prolongación de la vida de los seres humanos se debe vigorizar la institución en lugar de suprimirla, porque es un modo más eficaz de proteger a las personas de la tercera edad y de brindarles una posibilidad de que se respeten su dignidad y sus sentimientos.⁸⁰⁰

⁷⁹⁹ LORENZETTI y DE LORENZO, *op. cit.*, p. 435 y ss; HERRERA, CAMELO y PICASSO, *op. cit.*, p. 18; BUERES, *op. cit.*, p. 514; FERRER, *op. cit.*, p. 316.

⁸⁰⁰ FERRER, *op. cit.*, p. 316 y ss. “La regulación autónoma de la desheredación es el régimen predominante en las legislaciones que mantienen el sistema de legítimas (códigos alemán, portugués, español, suizo, brasileño, colombiano, ecuatoriano, chileno, peruano, paraguayo, uruguayo), la mantuvo el Anteproyecto de 1954 y el Proyecto de la Comisión Federal aprobado

VI. Conclusiones

El derecho romano destacó la importancia de la institución de la indignidad para suceder, por lo que sancionó con la confiscación de

en Diputados en 1993, y es el criterio predominante de la doctrina argentina (Borda, Méndez Costa, Zannoni, Pérez Lasala, Perrino, Ferrer, Natale, Azpiri, Wilde, Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Córdoba, 2009 y Tucumán, 2011 –por unanimidad). Nos parece disvalioso, por lo tanto, que el nuevo Código se haya apartado de esta tendencia sin fundamentos claramente definidos”; FERRER, F. (2013). “La desheredación y el Proyecto de Código”. En *Revista La Ley*, F, p. 956 y ss. HERRERA, CAMELO y PICASSO, p. 13; ROLLERI, *La exclusión...*, *op. cit.*, p. 112 y ss; “En la indignidad es la ley misma la que, analizando la conducta del sucesor (heredero o legatario), la tipifica como un impedimento de suceder. La actividad del causante, ya sea que el acto que autoriza a demandar la indignidad se haya producido antes o después de su deceso, es nula y solo tendrá relevancia el perdón, expresado en un testamento o realizado de manera inequívoca. En cambio en la desheredación, es el propio sujeto el que califica la conducta de su futuro sucesor. Es él quien regula de antemano su futura herencia, teniendo en cuenta las graves conductas cometidas por sus parientes más cercanos. Es por ello que si se mantiene la regulación de las legítimas, también debería haberse mantenido la desheredación, pues esta es la única herramienta para sancionar al heredero forzoso que ofendió gravemente al causante por parte del causante mismo, ya que al eliminar dicho instituto, al causante agraviado solo le quedará la esperanza de contar con la buena voluntad de un coheredero que decida plantear una acción de indignidad”; ROLLERI, G.; *Principales modificaciones...*, *op. cit.*, p. 4. “La desheredación es una institución vinculada con el concepto de herencia forzosa, por lo cual, si se admite que ciertos parientes deben recibir necesariamente una determinada porción de los bienes del difunto, aun contra la voluntad de este, es preciso admitir también el derecho del testador de excluirlos por justas causas. Situación muy distinta a la del declarado indigno, que en ese caso lo será a instancia de quien pretende los derechos atribuidos al indigno”; D'ANGELO GEREDA, A. (1945). “Desheredación e indignidad en el derecho sucesorio. ¿La desheredación debe funcionar como institución autónoma o mejor sería fusionarla con la indignidad formando una sola institución?”. En *Revista Derecho PUCP*, N° 2, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 54 y ss.

bienes a los declarados indignos por no respetar las costumbres y por sus conductas inmorales e ilícitas. Esta figura fue recogida por el derecho intermedio en las antiguas leyes españolas y nuestro codificador Vélez Sarsfield, basándose en la tradición romano-hispánica, la adoptó y legisló en el Código Civil.

Actualmente, el Código Civil y Comercial de la Nación legisla con una redacción más clara y precisa esta institución. Amplió las causales de indignidad y también aclaró los efectos, por lo que continúa manteniendo el origen romanista de la misma, dado que además se basó en el Código Civil derogado. Pero debemos destacar que la legislación vigente ha cometido el error de eliminar la figura de la desheredación. Si bien ambas figuras se estudiaban juntas y sancionaban el comportamiento ofensivo del heredero contra el causante, la indignidad se produce por la declaración judicial a pedido de las personas interesadas, y en tanto no exista ese pronunciamiento el indigno es heredero o legatario. La desheredación era dispuesta por el causante en su testamento por el agravio sufrido y privaba de la legítima a los herederos forzosos. En el futuro se deberá realizar una revisión y análisis del actual cuerpo normativo ya que ambas instituciones no se deben fusionar. Se tendría que reincorporar la desheredación y legislar ambos institutos de manera separada como estaba regulado en el Código de Vélez.

VII. Bibliografía

- ALGABA ROS, S. (2002). *Efectos de la desheredación*, Valencia: Tyrant lo Blanch.
- ARANGIO RUIZ, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por J. M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma.

- ASTOLFI, R. (1996). *La lex Iulia et Papia*. Padova: CEDAM, p. 325 y ss.
- BEATO DEL PALACIO, E. (2006). “La indignidad para suceder: causas de desheredación”. En SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. y HOYO SIERRA, A. (eds.). *Fundamentos de conocimiento jurídico. Raíces de lo ilícito y razones de licitud*. Real Academia de Jurisprudencia y legislación. Madrid: Dykinson.
- BERNAD MAINAR, R. (2015). “*De la legitima romana a la reserva familiar germánica*”. En *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano*, ISSN 1989-1970, N° 14, Madrid. <http://www.ridrom.uclm.es>
- BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus.
- BORDA, G. (1994). *Tratado de Derecho Civil: Sucesiones*. Tomo I. Buenos Aires: Perrot.
- BORDA, G. (1997). *Manual de Sucesiones*. Buenos Aires: Perrot.
- BUERES, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, Tomo II. Buenos Aires: Hammurabi.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*. Granada: Comares.
- D'ANGELO GEREDA, A. (1945). “Desheredación e indignidad en el derecho sucesorio. ¿La desheredación debe funcionar como institución autónoma o mejor sería fusionarla con la indignidad formando una sola institución?”. En *Revista Derecho PUCP*, N° 2, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- DI PIETRO, A. (1967). *Institutas. Texto Traducido y con Notas del autor*. 1º edición. La Plata: Librería Jurídica.
- DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma.
- FERRER, F. (2013). “La desheredación y el Proyecto de Código”. En *Revista La Ley*, F, 956, Buenos Aires, Ed. La Ley.
- FERRER, F. (2020). “El Derecho de Sucesiones en el Código Civil y Comercial”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral Nueva Época*, N° 12, Edición especial centenarios, Santa Fe, Ed. UNL, pp. 305-344.
- GARCÍA DEL CORRAL, I. (1897). *Cuerpo de Derecho Civil Romano*. Barcelona: Lex Nova (reimpresión).
- GUASCO, A. (2018). *L'indegnità a succedere tra bona ereptoria e diritto di rappresentazione*. Nápoles: Satura.
- HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo VI. Libro Quinto y Libro Sexto. Artículos 2277 a 2671. Buenos Aires: Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- LAFAURIE BORNACELLI, A. y LA TORRE IGLESIAS, E. (2014). “La Indignidad para Suceder: Análisis histórico, Caracterización Jurídica y Perspectiva Crítica desde el Derecho Comparado”. En *Revista Digital Derecho a Pensar*, N° 1, Julio-Diciembre, Colombia, ISSN: 2389-8445, Ed. Universidad Popular del César.
- LÓPEZ GÜETO, A. (2020). “Análisis y comentarios de la obra de

Alessio Guasco, *L'indegnità a succedere tra bona ereptoria e diritto di rappresentazione*". En *RIDROM, Revista Internacional de Derecho Romano*, Nº 24, Madrid, ISSN 1989-1970, p. 602-641. <http://www.ridrom.uclm.es>.

- LÓPEZ HERRERA, F. (2008). *Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Venezuela: Publicaciones UCAB.

- LORENZETTI, R. y DE LORENZO, M. (coord.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo X (arts. 2162 a 2443). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

- MAFFIA, J. (1987). *Manual de Derecho Sucesorio*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma.

- MALDONADO DE LIZALDE, E. (2002). "Lex Iulia de Maritandis Ordinibus. Leyes de familia del Emperador César Augusto". En *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Vol XIV, México, Ed. UNAM.

- MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1885). *Códigos Antiguos de España*. Tomos I y II. Madrid: Administración Arco de Santa María.

- PASCUAL QUINTANA J. (1955). "La desheredación en el derecho español: su desenvolvimiento histórico". En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, III, 73.

- PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, N. (1970). *Reglas de Ulpiano. Traducción, concordancia con otros textos clásicos y nota preliminar*. Buenos Aires: Lerner.

- RÉBORA, J. (1932). *Derecho de las Sucesiones*. Tomo I. Buenos Aires: La Facultad

- REPRESA POLO, M. (2016). *La desheredación en el Código Civil*. Madrid: Reus.

- ROLLERI, G. (2015). “La exclusión hereditaria en el nuevo Código Civil: fortalecimiento de la indignidad y supresión de la desheredación”. En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, N° 3, Buenos Aires, Ed. La Ley.

- ROLLERI, G. (2016). “Principales modificaciones al Derecho Sucesorio en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. En *Revista Jurídica Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora*, N° 1, Año 1, Buenos Aires, Ed. UNLZ.

- SCHIPANI, S. (2007). *Código Civil de la República Argentina*. Con la traducción de Idelfonso García del Corral de las Fuentes Romanas citadas por Dalmacio Vélez Sarsfield en las notas. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

- ZANNONI, E. (1994). *Manual de Derecho de las Sucesiones*. Buenos Aires: Astrea.

La regla *periculum est emptoris*, la prestación de custodia y sus relaciones con el *synallagma* en el derecho romano clásico

Por Francisco Valenzuela Aránguiz⁸⁰¹

I. Introducción

En este artículo trataremos la existencia de la responsabilidad sin culpa en el contrato de compraventa. Este, desde la perspectiva del derecho de obligaciones y de la responsabilidad es particular en varios sentidos, y en lo que a nosotros nos interesa sus particularidades consisten en que la custodia en este contrato opera de un modo diverso en comparación a cómo lo hace en otros negocios.

⁸⁰¹ Doctor en Derecho por Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Romano en la Universidad Católica del Maule. Dirección postal: Piso 3º, Facultad de Ciencias Sociales y Económicas, Universidad Católica del Maule. Orcid: 0000-0003-1664-7426.

En todas las demás instituciones la prestación de custodia presenta un carácter común, a saber, el hecho de existir un tenedor de cosa ajena sujeto a la obligación de conservarla y, en consecuencia, evitar su pérdida, destrucción o deterioro, todo con miras al cumplimiento de una obligación de devolución (*reddere*). De aquellos supuestos surge el siguiente interrogante jurídico: ¿quién habrá de soportar la pérdida de la cosa o el daño que ésta sufra en el tiempo que media entre su recepción por el tenedor y la devolución?

En el contrato de compraventa la pregunta es similar, pero con la particularidad de que el tenedor (el vendedor) lo es, normalmente, de cosa propia, y la conservación de la cosa es necesaria no con miras al cumplimiento de una obligación de *reddere*—que no existe—, sino como objeto del cumplimiento de una obligación diversa, la de efectuar la *traditio* al comprador, nacida del contrato de *emptio venditio*.⁸⁰² Hecha esta precisión, en lo demás el problema es idéntico y busca resolver el interrogante sobre quién debe soportar la pérdida, destrucción o deterioro de la cosa vendida cuando ésta ocurre en el tiempo que media entre la celebración del contrato y la entrega. Pero en atención a la

⁸⁰² Esta peculiaridad ha sido destacada por numerosos autores: Arangio-Ruiz señala que “*dalla fonti si ricava l'esistenza di un caso, nel quale il contraente è responsabile di custodia rispetto ad una cosa sua propria, destinata però —per effetto dello stesso contratto onde la responsabilità deriva— ad essere trasmessa alla controparte. Così è del venditore, nel tempo che precede l'atto di trasmissione della cosa al compratore*”. ARANGIO-RUIZ, V. (1935). *Responsabilità contrattuale in diritto romano* Nápoles: Jovene, p. 147; en el mismo sentido Cannata, “*Solo il venditore è tenuto, nei confronti del compratore ed in funzione di consegnarla, alla custodia della cosa propria*”. CANNATA, C. (1994). “La responsabilità contrattuale”. En PARICIO, J. (coord.). *Derecho romano de obligaciones. Homenaje Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, p. 164; también SERRANO-VICENTE, M. (2006). *Custodiam praestare: la prestación de custodia en el derecho romano*. Madrid: Tebar, p. 263.

propia naturaleza del contrato de compraventa, habremos de pronunciarlos igualmente sobre qué ocurre con la obligación correlativa del comprador de pagar el precio.

II. *Custodiam praestare* y su incardinación con el *periculum est emptoris*

Como dijimos, el problema que nos ocupa tiene relación con la pérdida de la cosa debida durante el tiempo que pende la obligación de *possessionem tradere* por parte del vendedor. Según las circunstancias materiales y jurídicas de dicha pérdida, esta será calificable de *periculum (casus)* o se tratará de un caso en que tenga lugar la responsabilidad por custodia. Por lo demás, si la pérdida es calificable de *periculum*, resta conocer quién habrá de soportarlo.

Analicemos entonces en primer término el concepto de pérdida o deterioro de la cosa debida por fuerza mayor o caso fortuito. Sobre el particular, la historia del derecho romano nos ha legado un vocabulario específico, el de *periculum*.⁸⁰³ La discusión versará entonces sobre la soportación de dicho *periculum*. Son dos las posibilidades lógicas: que sea soportado por el vendedor o que lo soporte el comprador. En líneas generales, la asignación del *periculum* será sintetizada en expresiones diferentes según sea uno u otro el caso. Así, se hablará de *res perit venditoris* para aquellos casos en que el *periculum* lo soporta el vendedor, deudor de la obligación de *tradere*, y de *res perit emptoris*, en aquellos casos en que el *periculum* sea puesto de cargo del comprador, que resulta ser acreedor de la obligación correlativa de *tradere*, a que se halla sujeto el vendedor.

⁸⁰³ En este momento empleamos *periculum* en un sentido amplio o vago, comprensivo de los deterioros (*incommoda*) y de la destrucción total de la cosa (*periculum* en sentido estricto).

Con todo, antes de iniciar el análisis de la concreta repartición del *periculum* en la compraventa cabe hacer alguna precisión. El problema o discusión sobre la pérdida, destrucción o deterioro de la cosa vendida solo puede presentarse si se concibe al contrato de compraventa como generador de efectos puramente obligacionales. La compraventa real no admite discusiones o dudas en este sentido; en ésta no existe tiempo que medie entre la celebración del contrato y la tradición, y no solo por eso, sino porque propiamente ambos actos se hallan fundidos en uno solo –la compraventa real– que opera la transferencia de dominio de manera inmediata.⁸⁰⁴ De esta manera, un auténtico problema de asignación de *periculum* se presenta solo mientras exista una entrega pendiente. Allí es donde habrá de determinar si, acaecida la pérdida, ésta la soportará el vendedor o el comprador. A este estado de pendencia la doctrina alude normalmente con el giro *res vendita non tradita*.

Pero se requiere una última precisión. Consecuencia del sistema de adquisición de la propiedad basado en un título y modo, toca preguntarse por la validez de la conocida regla *res perit dominus*. Como es patente, hasta el momento de la tradición el vendedor conserva la propiedad sobre la cosa vendida, motivo por el cual se percibe una aparente correspondencia entre la regla *res perit venditoris* y la regla *res perit dominus*.

⁸⁰⁴ Para el caso de la compraventa real, la única regla que determina la soportación del *periculum* es *res perit dominus*, pues el riesgo se traslada desde el propietario–vendedor al comprador–propietario en el mismo acto de la perfección del contrato. El momento en que se produjo el tránsito del sistema de compraventa real a uno obligacional ha sido ampliamente debatido en doctrina. En este punto nosotros seguiremos a Talamanca, quien sitúa dicho tránsito en torno a fines del siglo II a. C., a partir de cuyo momento y durante toda la época clásica la compraventa genera únicamente derechos personales para las partes. Finalmente, en época postclásica y a partir de Constantino se produciría un retorno a la noción de compraventa real, con efecto translaticio de dominio. TALAMANCA, M. (2013). *Elementi di Diritto Privato Romano*. Milán: Giuffrè, p. 286–287.

Presentado el problema, vayamos a las fuentes. En ellas la pérdida de la cosa vendida y no entregada es tratada con profusión, y podemos decir, sin temor a equivocarnos, que se trata de un problema nuclear en el derecho de obligaciones de todos los tiempos.⁸⁰⁵ En el Digesto, en su Libro XVIII, encontramos un título especial sobre el asunto, el sexto, que lleva por título “*De periculo et commodo rei venditae*”.⁸⁰⁶

Con ocasión de esta discusión, veamos en primer término algunos textos donde queda perfilada la existencia de la regla *res perit emptoris*.

La regla en comento es establecida en D. 18, 6, 8 pr. (*Paulus 33 ad ed.*).⁸⁰⁷ Sobre este pasaje se discute ampliamente, sobre todo en razón de la perfección diferida del contrato. A nosotros, en cambio, nos parece que el problema debiese despejarse y, en lo que nos interesa, la regla

⁸⁰⁵ La bibliografía sobre el *periculum rei venditae* es amplísima e inabarcable en una sede como ésta. Sobre el problema en general véase TALAMANCA, M. (1995). “Considerazioni sul *periculum rei venditae*”. En *Seminarios Complutenses de Derecho Romano. Revista Complutense de Derecho Romano y tradición romanística*, Nº 7, p. 217–296. Para un repertorio relativamente actualizado de la bibliografía, SCOGNAMIGLIO, M. (2007). “Note su sinallagma condizionale e *periculum rei venditae*”, en GARÓFALO, L. (comp.). *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*. Tomo II. Padova: CEDAM, p. 174, nt. 2.

⁸⁰⁶ Nótese, desde ya, que el propio título evidencia un tratamiento conjunto de pérdidas (*periculo*) y ganancias (*commodo*). Esta comunicación no es solo locativa, sino dogmática, como se tendrá oportunidad de analizar más adelante.

⁸⁰⁷ D. 18, 6, 8 pr. (*Paulus 33 ad ed.*): “*Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio: quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si exsisterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem Pomponius libro nono probat. Quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exsisterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in praeteritum. Quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore. Et quod pretii solutum est repetetur et fructus medii temporis*”

que contiene es que el riesgo pertenece al comprador desde el momento de la celebración del contrato.⁸⁰⁸ Idéntica solución es adoptada en la parte final de D. 47, 2, 14 pr. (*Ulpianus 29 ad sab.*).⁸⁰⁹

venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur), si pendente condicione res extincta fuerit: sane si existet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris: (“Es necesario saber, cuándo se haya perfeccionado la compra; pues entonces sabremos de quién sea el riesgo, porque, perfeccionada la compra, el riesgo corresponderá al comprador. Y si respecto a lo que se hubiere vendido apareciera qué sea, de qué calidad, cuánto, y su precio, y se vendió puramente, la compra está perfeccionada. Pero si la cosa hubiere sido vendida bajo condición, si verdaderamente faltare la condición, no hay compra alguna, así como tampoco estipulación; pero si se hubiere cumplido, dicen Próculo y Octaviano, que el riesgo es del comprador; y lo mismo aprueba Pomponio al libro noveno. Mas si pendiente la condición hubiere fallecido el comprador o el vendedor, consta que si se cumpliere la condición, también están obligados los herederos, cual si la compra se hubiere ya celebrado anteriormente. Pero si la cosa hubiera sido entregada pendiente la condición, no podrá el comprador usucapirla como comprador, y se repetirá el precio que se pagó, y los frutos del tiempo intermedio son del vendedor, así como se extinguen las estipulaciones y los legados condicionales, si pendiente la condición hubiere perecido la cosa. Pero si existiera la cosa, aunque se haya deteriorado, puede decirse que el daño es del comprador”).

⁸⁰⁸ Cuestión aparte es que en el pasaje se analicen supuestos en que resulte más o menos difícil determinar el momento en que el contrato se entiende perfecto. La dificultad estriba en el supuesto de hecho de la regla —el perfeccionamiento del contrato— y no en ésta en sí misma considerada. Igualmente puede afirmarse la regla *res perit emptoris* en el paso final de D. 46, 3, 39 (*Africanus 8 quaest.*).

⁸⁰⁹ D. 47, 2, 14 pr. (*Ulpianus 29 ad sab.*): “*Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conditionem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit: quae sententia vera est, et ita et Iulianus. Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.*” (“Escribió Celso, que el que compró no tiene, si no se le entregó la cosa, la acción de hurto, sino que esta acción es todavía del vendedor. Pero convendrá ciertamente que éste le

Otro texto que sirve de fundamento a la regla *periculum est emptoris* es D. 19, 1, 54 pr. (*Labeo 2 pith.*).⁸¹⁰ En él se discute sobre el deterioro de una cosa vendida, en este caso un esclavo, por la fractura en una de sus piernas. Para resolver la asignación de esta pérdida (parcial) se

ceda al comprador la acción de hurto, la condicción y la reivindicación; y si en virtud de estas acciones hubiere conseguido alguna cosa, convendrá que él se la entregue al comprador; cuya opinión es verdadera, y así lo dice también Juliano. Y ciertamente que el riesgo de la cosa le corresponde al comprador, con tal que el comprador responda de la custodia antes de la entrega”).

⁸¹⁰ D. 19, 1, 54 pr. (*Labeo 2 pith.*): “*Si servus quem vendideras iussu tuo aliquid fecit et ex eo crus fregit, ita demum ea res tuo periculo non est, si id imperasti, quod solebat ante venditionem facere, et si id imperasti, quod etiam non vendito servo imperaturus eras. paulus: minime: nam si periculosam rem ante venditionem facere solitus est, culpa tua id factum esse videbitur: puta enim eum fuisse servum, qui per catadromum descendere aut in cloacam demitti solitus esset. idem iuris erit, si eam rem imperare solitus fueris, quam prudens et diligens pater familias imperaturus ei servo non fuerit. quid si hoc exceptum fuerit? tamen potest ei servo novam rem imperare, quam imperaturus non fuisset, si non venisset: veluti si ei imperasti, ut ad emptorem iret, qui peregre esset: nam certe ea res tuo periculo esse non debet. itaque tota ea res ad dolum malum dumtaxat et culpam venditoris dirigenda est.*” (“Si el esclavo que habías vendido, hizo por tu mandato alguna cosa, y por ello se rompió una pierna, solamente no eres responsable de esto, si le mandaste lo que solía hacer antes de la venta, y si le mandaste lo que le habías de mandar aunque no hubiera sido vendido el esclavo; y dice Paulo: de ningún modo, porque si antes de la venta acostumbró hacer una cosa peligrosa, parecerá que lo hizo por tu culpa; porque supón que éste hubiere sido un esclavo, que hubiese acostumbrado a bajar por una cuerda, o a meterse en la cloaca. El mismo derecho habrá, si hubieres solido mandarle cosa, que un prudente y diligente padre de familia no le hubiere de haber mandado a este esclavo. ¿Qué, si se hubiere exceptuado esto? Puede, sin embargo, mandarle a este esclavo una cosa nueva, que no le hubiera de haber mandado, si no hubiese sido vendido, como si le mandaste que fuese adonde se hallase el comprador, que estuviese de viaje, porque ciertamente que esto no debe ir a tu riesgo; y así, todo esto se ha de dirigir solamente al dolo malo y a la culpa del vendedor”).

discurre sobre la actividad que el esclavo desempeñaba al momento del accidente. En caso de tratarse de una actividad no riesgosa, o de una actividad riesgosa pero habitual para él, se señala que el riesgo no será soportado por el vendedor, de modo que *–contrario sensu–* se establece su pertenencia al comprador.⁸¹¹

Finalmente, en D. 18, 5, 5, 2 (*Julianus 15 Dig.*)⁸¹² se trata el problema de la muerte natural de un esclavo vendido. Por medio de una ficción se equipara la muerte acontecida pendiente la obligación a la tradición. De este modo, se pone al acreedor-*emptor* en la posición en que se hallaría luego de la *traditio*, es decir, se tiene por cumplida la obligación de entrega y en virtud de dicha equiparación se lo hace soportar el riesgo. Por lo demás, y aunque no haya sido el motivo principal de la regla, se debe destacar que esta asimilación pone al acreedor en la posición de *dominus* y, entonces, para este caso, *res perit emptoris* equivale a un anticipado *res perit dominus*.⁸¹³

⁸¹¹ El texto, por lo demás, ha sido destacado como de especial importancia porque constituye expresión del pensamiento de Labeón que implica –por vez primera– un tratamiento de los regímenes de deterioros (*incommoda*) y pérdida total (*periculum* en sentido estricto) unificados desde la perspectiva del vocabulario, refiriendo ambos supuestos dentro de la categoría general de *periculum*. SCOGNAMIGLIO, *Note su sinallagma...*, *op. cit.*, p. 201. Con igual razonamiento se extrae la regla *periculum est emptoris* de D. 12, 4, 16.

⁸¹² D. 18, 5, 5, 2 (*Julianus 15 Dig.*): “*Mortuo autem homine perinde habenda est vendito ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat: quare nisi iusta conventio intervenerit, actiones ex empto et vendito manebunt*” (“Pero muerto el esclavo se ha de considerar la venta lo mismo que si hubiera sido entregado, como quiera que el vendedor quedaría libre, y el esclavo perecería para el comprador, por lo cual, si no hubiere mediado justa convención, subsistirán las acciones de compra y venta”).

⁸¹³ En igual sentido SERRANO VICENTE, *op. cit.*, p. 281–282. Cfr. Betti para quien el caso que analizamos constituye una excepción motivada por la propia naturaleza –agregamos nosotros, mortal– de la cosa cuya entrega se debe. Tal conclusión es coherente en el autor pues se corresponde con su postura sobre el problema más general de soportación de riesgo y

Con los textos que preceden queda claro que existe una repartición de los riesgos en el contrato de compraventa. Por una parte, el comprador soportará el riesgo por la destrucción fortuita de la cosa vendida (*res perit emptoris*), desde el momento de celebración del contrato.⁸¹⁴ Por otra, recaerá sobre el vendedor el riesgo de la pérdida de la cosa por hurto. La primera situación solemos identificarla con el concepto de *periculum*; la segunda, con el de *custodiam*. De allí la importancia para nosotros de D. 47, 2, 14 pr. (*Ulpianus 29 ad sab.*), pues el texto evidencia la correspondencia entre *periculum* y custodia como elementos incardinados.⁸¹⁵

regla *periculum est emptoris* que aquel niega para el derecho romano clásico. Vease, además, C. 4, 48, 6 que mantiene la regla analizada pero agrega ciertas consideraciones sobre el hecho de conocer el vendedor el vicio; en tal caso, responderá. El texto lo destacamos porque vuelve sobre la idea de mantener el vendedor el derecho al cobro al señalar que el comprador *solutionem emptor pretii non recte recusat*.

⁸¹⁴ Por el contrario, un sector minoritario de la doctrina estima que la regla vigente para la época clásica fue la contraria, es decir, *res perit venditoris*. Fundamentalmente basados en una interpretación de los pasajes de Alfenio y Paolo ubicados en D. 18, 6, 13 (*Paulus 3 epit. alf.*) y D. 18, 6, 15 pr. (*Paulus 3 epit. alf.*) respectivamente. Cfr. Betti quien es partidario de que la extensión del *periculum emptoris* como regla general es de carácter bizantino. BETTI, E. (1956). "Periculum. Problema del rischio contrattuale". En *Studi in onore di Pietro de Francisci, 1, Milano*, p. 162. Por otra parte y como las fuentes son contradictorias, hay quienes afirman que se trataría de un tema de *ius controversum* y posible oposición de escuelas. La superposición de regímenes se daría solo en el intervalo de dos siglos, pues la regla *periculum est venditoris* habría operado entre el siglo I a. C. y II d. C., mientras que la regla *periculum est emptoris* habría tenido aplicación a partir del siglo I d. C. y hasta el derecho justinianeo. SCOGNAMIGLIO, *Note su sinallagma...*, op. cit., p. 179. Con todo, este intervalo de dos siglos en que las reglas habrían convivido, no importa tanto por su extensión, sino porque sitúa la discusión en el seno de la época clásica del derecho romano.

⁸¹⁵ Ello explica que en el caso de compraventa sujeta a condición suspensiva, pendiente que se halle ésta, el riesgo pertenece al vendedor, y esto porque la pendencia impide el perfeccionamiento del contrato, con el consiguiente traspaso del riesgo, sin perjuicio que las partes contratantes puedan pactar trasladar el *periculum* al comprador anticipadamente. Igualmente D. 18, 6, 8 pr. (*Paulus 33 ad ed.*) y D. 18, 6, 10 (*Ulpianus 8 disp.*)...

Lo dicho hasta el momento no es de poca relevancia, y no debe pasar inadvertido el hecho de que la adopción de la regla del *periculum est emptoris* supone una vulneración al principio *res perit dominus*. Esta contradicción al mencionado principio resulta especialmente grave si se tiene en consideración que, además, extinguida que sea la obligación de *tradere* del vendedor –por imposibilidad sobrevenida– persistirá la obligación correlativa del comprador, pudiendo aquel exigir el pago del precio, y debiendo éste soportar el cumplimiento íntegro de su obligación. En tal escenario, el comprador habrá pagado el precio, sin recibir cosa alguna a cambio.⁸¹⁶ Nos preguntamos entonces, ¿cómo pudo resultar adecuada a las mentalidades de los juristas clásicos una regla en apariencia inicua?

Para la comprensión de la regla comentada en su íntima conexión con el concepto de custodia se ha de tener presente que la regla de asignación de *periculum*, así como la de responsabilidad por *custodiam*, viene condicionada a la existencia o no de tradición. Antes de ella los riesgos por *casus* pertenecerán al comprador y en igual período el vendedor responderá por *custodiam*. Por otra parte, la pérdida de la cosa después de efectuada la entrega no representa un problema de mérito. Es precisamente en el momento de la *traditio* que todo el riesgo se traspasa al acreedor, pues éste muda su calidad al adquirir el dominio de la cosa. Queda entonces aplicable –y debemos decir intacta– la regla *res perit dominus*.⁸¹⁷ Especialmente clarificadores en

perfeccionamiento del contrato, con el consiguiente traspaso del riesgo, sin perjuicio que las partes contratantes puedan pactar trasladar el *periculum* al comprador anticipadamente. Igualmente D. 18, 6, 8 pr. (*Paulus 33 ad ed.*) y D. 18, 6, 10 (*Ulpianus 8 disp.*).

⁸¹⁶ Sobre la relación entre responsabilidad *sine culpa* y *synallagma* contractual volveremos más adelante.

⁸¹⁷ Por lo demás, el comprador muda su calidad jurídica con relación a la cosa, pasando de un derecho *ad rem* (en calidad de acreedor) a la titularidad de un derecho *in rem* (en calidad de dueño).

⁸¹⁸ D. 18, 6, 12 (*Alfenus 2 Dig.*): “*Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet [...]*” (“Hallándose puestos en la vía pública, el Edil rompió unos lechos comprados; si hubiesen sido entregados al comprador, o él hubiese consentido que no se entregaran, parece bien que el riesgo sea del comprador [...].”)

este sentido son D. 18, 6, 12 (*Alfenus 2 Dig.*)⁸¹⁸ y D. 18, 6, 15 pr. (*Paulus 3 epit. alf.*).⁸¹⁹

Adicionalmente, debemos señalar que la *traditio* que importa el punto final de la responsabilidad del vendedor por *custodiam* no se limita necesariamente a una entrega material, pues se atribuyó igual efecto liberador a ciertas formas no materiales de entrega, que ahora llamamos simbólicas o espiritualizadas, como lo son la *signatio*⁸²⁰ o la *mensuratio*⁸²¹ y a otros eventos que sin constituir entrega—ni real ni simbólica— igualmente modulan la repartición de riesgos y responsabilidades, como

⁸¹⁸ D. 18, 6, 12 (*Alfenus 2 Dig.*): “*Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet [...]*” (“Hallándose puestos en la vía pública, el Edil rompió unos lechos comprados; si hubiesen sido entregados al comprador, o él hubiese consentido que no se entregaran, parece bien que el riesgo sea del comprador [...].”)

⁸¹⁹ D. 18, 6, 15 pr. (*Paulus 3 epit. alf.*): “*Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit [...]*” (“Pero si aquellas cosas no hubieren sido entregadas, ni el comprador hubiere incurrido en mora respecto a su entrega, el riesgo será del vendedor [...].”)

⁸²⁰ Según aparece en D. 18, 6, 15, 1 (*Paulus 3 epit. alf.*), se trata de la venta de vigas de madera que tras concluido el negocio son marcadas para identificarlas y luego retirarlas. Se consideran entregadas y retenidas por el vendedor en calidad de depositario, por ello responde de su indemnidad solo por dolo. De manera análoga, según somos informados por D. 18, 6, 1 pr. (*Ulpianus 28 ad sab.*) *in fine* y D. 18, 6, 1, 2 (*Ulpianus 28 ad sab.*), la responsabilidad por custodia terminaría con la *designatio*, al menos en opinión de Trebacio. La solución es contradicha por Ulpiano siguiendo a Labeón, quienes estiman que el señalamiento es a vía de individualización y no constituye entrega.

⁸²¹ D. 18, 6, 1, 1 (*Ulpianus 28 ad sab.*) trata sobre la venta de vino y fija como momento de traspaso del riesgo el de la medición de éste. Debemos entender que propiamente no es la simple medición la que produce el efecto sino el acto de separación de una cierta cantidad—la vendida— de otras de propiedad del vendedor. Con ello, separada que ha sido una cantidad cierta de vino, al ser individualizable, su pérdida es atribuida al comprador.

lo son la *degustatio* –y en general la *adprobatio*–⁸²² y la *aestimatio*.⁸²³ Por este motivo es que Betti al tratar del problema, señala que la regla *periculum est emptoris* constituye una anticipación del traspaso del riesgo. La anticipación a que se refiere el autor es con relación al momento de la *traditio*, pues en los casos en que el *periculum* es del acreedor la entrega aún no ha existido.⁸²⁴

⁸²² En D. 18, 6, 15 (*Paulus 3 epit. alf.*) y D. 18, 6, 4, 1 (*Ulpianus 28 ad sab.*) se analiza la venta de vino u otros bienes alimenticios, y se establece la siguiente repartición de riesgos. Antes de la *adprobatio* el riesgo pertenece al vendedor, después de esta, al comprador. Con base en lo anterior se puede sostener que se deben distinguir dos supuestos. El primero, el de la existencia de una garantía por cierta calidad que debe cumplir el bien vendido, otorgada por el vendedor, supuesto que propiamente no configura un problema de *periculum*, sino uno de responsabilidad contractual –¿*sine culpa*?– con fuente pacticia. El segundo, frente a la inexistencia de pacto de garantía que asegure una calidad determinada, el detrimento que sufra la cosa es propiamente un problema de *periculum*, es decir, de asignación de riesgos, donde tiene aplicación plena la regla *res perit emptoris*, iniciándose en este caso con la *adprobatio* y no con el mero perfeccionamiento del contrato. Bajo esta lectura de la *degustatio* es posible reconstruir D. 18, 6, 1 pr. (*Ulpianus 28 ad sab.*), entendiéndolo interpolado con el objeto de generalizar los supuestos de *periculum* para crear la regla de que –salvo pacto en contrario– todo detrimento es carga del comprador.

⁸²³ La *aestimatio* por sí sola no tiene el mérito de traspasar el riesgo de la cosa, pero sí cuando va acompañada de una promesa de venta (PS. 2, 4, 4); v. D. 19, 3, 1, 1 (*Ulpianus 32 ad ed.*).

⁸²⁴ En este sentido, el autor señala que el momento del traspaso del riesgo es propiamente la *traditio* y no la mera celebración del contrato. Puesto que con la *traditio* o puesta a disposición se traspasa el riesgo al comprador, hasta ese momento el riesgo es del vendedor, salvo que se haya pactado expresamente la responsabilidad por custodia, y salvo que el propio negocio tenga alguna característica que nos permita anticipar el traspaso del riesgo. Es de notar que el autor habla siempre de anticipación del traspaso del riesgo cuando la pérdida habrá de soportarla por algún motivo el comprador, con anterioridad a la entrega. El señalado autor identifica otros casos en que se produciría una anticipación en el traspaso del riesgo, a saber, la *emptio in aversione*, de que da cuenta D. 18, 1, 62, 2 (*Modestinus 5 reg.*) y la *in diem adictio*

III. La mora y sus efectos en la *custodiam praestare* y en el *periculum*

Mención aparte requiere un elemento que opera como modulador en la asignación de riesgo y responsabilidad: la *mora*, tanto aquella de cargo del deudor (*mora debitoris*) como aquella de cargo del acreedor (*mora creditoris*).

Como decíamos, la *mora* tiene un efecto modulador de la asignación de responsabilidad y repartición de riesgos, pues introduce alteraciones en la extinción o agravamiento de la responsabilidad de cada parte, según sea el caso. Si existe retardo en la entrega imputable al vendedor (*mora debitoris*), éste responde ya no solo de *culpa* y *custodiam*, sino además soporta la pérdida por *casus*, salvo que la cosa hubiera igualmente perecido en manos del comprador sin existir mora.⁸²⁵

Por el contrario, si es el comprador el que ha retardado la recepción de la cosa, impidiendo la entrega, tiene lugar la mora de recibir (*mora creditoris*); entonces, se produce para el vendedor un verdadero efecto

en D. 18, 2, 3 (*Paulus 5 ad sab.*). Sin embargo, la *traditio* como elemento determinante de traspaso del riesgo no es el único factor del cual puede depender la soportación de éste. El autor reconoce que podrán cumplir idéntico efecto otros factores como la cualidad intrínseca de la cosa, su natural desarrollo, el tipo de contrato y la concreta causa de imposibilidad. Si esta causalidad la entendemos en un sentido jurídico, aquí habría de incluirse la imposibilidad causada dolosa o culposamente por el deudor (*factum debitoris*) que lo lleva a ponerse en una situación de no poder cumplir. BETTI, *op. cit.*, p. 162, 172 y 184.

⁸²⁵ El efecto agravante de la *mora debitoris* no solo tiene lugar en el contrato que ahora analizamos, y puede considerarse un efecto general de la misma. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en materia de *fideicomisum*, D. 32, 26 (*Paulus 2 ad ner.*) y en materia de *stipulatio* D. 45, 1, 91, 1 (*Paulus 17 ad plaut.*): “*nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid huiusmodi acciderit*” (“a no ser que hubiere acontecido algo de esto, después que fue moroso para el cumplimiento”).

liberador o aminorador de su responsabilidad.⁸²⁶ Será cargo del comprador no solo el *periculum*, habiendo de soportar la destrucción de la cosa por *casus*; además, no podrá exigir la devolución del precio en caso de haberlo pagado.⁸²⁷ A estas dos consecuencias de la *mora creditoris* debe agregarse, en el contexto de nuestro estudio, que el comprador, además, no podrá perseguir la responsabilidad por custodia del vendedor en caso de haber sido hurtada la cosa con posterioridad al momento en que éste debió recibirla.⁸²⁸ Lo anterior encuentra asidero en D. 18, 6, 18 (*Pomponius 31 ad q. muc.*).⁸²⁹

⁸²⁶ Igual efecto se produce en otras instituciones; v. en materia de *stipulatio* D. 45, 1, 49, 3 (*Paulus 37 ad ed.*), *contrario sensu*.

⁸²⁷ En contra, Betti, quien sostiene que fue la jurisprudencia justiniana la que, alterando la norma clásica, habría permitido ya no solo el incumplimiento sin sanción por parte de aquel que tenía la cosa –vendedor– porque el *periculum* lo soportaba la contraparte –comprador–, sino que además, si había recibido el precio, tenía derecho a retenerlo, lo que no habría tenido sentido en la época clásica: “*i compilatori gustiniani non si limitano ad escludere una responsabilità contrattuale della parte inadempiente senza sua colpa –il che se comprende–, ma vanno più oltre: le permettono di conservare la prestazione che le fu anticipata, ignorando la segnalata distinzione giuliana (D. 19, 2, 33; D. 19, 1, 2, 18) fra l’obbligo di risarcire il danno e quello di restituire il corrispettivo*”. BETTI, *op. cit.*, p. 191.

⁸²⁸ A igual conclusión han llegado Fernández Barreiro y Paricio: “La responsabilidad por custodia cesa cuando el comprador incurre en mora para recibir la prestación que le ofrece el vendedor”, FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J. (2011). *Fundamentos de derecho privado romano*. Madrid: Marcial Pons, p. 294. En el mismo sentido, aunque implícitamente, Guzmán: “Si el comprador incurre en mora, la responsabilidad del vendedor se limita al dolo”. GUZMÁN, A. (2013). *Derecho privado romano*. Tomo II, Santiago: Legal Publishing Chile, p. 156. Creemos que el efecto liberador de la mora para el deudor (vendedor) importa incluso excluir su responsabilidad en caso de pérdida culposa de la cosa, operando una compensación de culpas a su favor y en perjuicio del comprador cuya *mora creditoris*, absorbe la negligencia del vendedor.

⁸²⁹ D. 18, 6, 18 (*Pomponius 31 ad q. muc.*): “*Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere*

La presencia de mora, como vimos, produce importantes alteraciones en el régimen de responsabilidad y asignación de *periculum*. En razón de lo anterior se ha cuestionado cuál es su naturaleza jurídica, pues ella no se identifica –sin más– con los criterios de imputación de responsabilidad. Siguiendo a Cannata, podemos sostener que la naturaleza jurídica de la mora es reconducible a la culpa, pues en la mora estamos en presencia de un comportamiento omisivo, el que consiste en la no entrega o en la no recepción oportuna de la cosa debida.⁸³⁰

Examinadas como han sido las reglas de asignación de *periculum*, responsabilidad por custodia y la modulación en ellas introducida por la mora, se pueden asentar las siguientes consideraciones: en derecho romano clásico la pérdida de la cosa por *casus* fue soportada por el comprador (*res perit emptoris*) hasta el momento de la *traditio* (o las formas asimiladas a ella). La presencia de *mora debitoris* altera la antedicha regla, trasladándose al vendedor la soportación del riesgo por pérdida de la cosa (*casus*) y, además, conservando su normal responsabilidad por custodia. En presencia de *mora creditoris*, el riesgo, que ya pertenecía al comprador, se extiende, sin que quepa derecho a reintegro en el caso de haber pagado el precio, y sin que el vendedor responda por *custodia* en el intertanto. Sin perjuicio de lo anterior, si la destrucción de la cosa se debe a un acto ilícito, el comprador podrá exigir le sean cedidas las acciones a que dicho acto dé lugar.⁸³¹

coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore... (“Se ha de saber, que cuando el comprador comenzó a incurrir en mora, se ha de responder por el vendedor, no ya de la culpa, sino solamente del dolo malo”...).

⁸³⁰ CANNATA, C. (1993). *Sull problema della responsabilità nel diritto privato romano*. En *IVRA*, N° 43, p. 14. Cfr. D. 45, 1, 91 pr. (*Paulus 17 ad plaut.*) que ha servido a la doctrina para distinguir la omisión propia de la mora (culpa omisiva) de aquella comúnmente denominada *negligentia*, que consiste en un actuar descuidado (culpa comisiva).

⁸³¹ Estamos pensando en D. 18, 6, 13 (*Paulus 3 epit. alf.*), que da cuenta de la destrucción de unas literas puestas en la vía pública y destruidas durante la *mora creditoris* injustamente por el Edil. En este caso, al comprador se le cede la *actio ex lege Aquilia* para perseguir la responsabilidad de aquel.

IV. Contenido de la *custodiam est venditoris*

Como se desprende de lo analizado hasta el momento, la responsabilidad por custodia consiste en la responsabilidad del vendedor por el incumplimiento de su principal obligación, la de *tradere*, aún cuando dicho incumplimiento se deba a una causa que no le es imputable culpabilísticamente, pues esta responsabilidad es de naturaleza *sine culpa*.

Hemos podido ver que la responsabilidad en comento se encuentra, además, profundamente imbricada con las reglas de asignación de riesgos (*periculum*), tanto que su contenido específico a veces solo es posible hallarlo en conexión a éstas, pero de las que, en todo caso, es conveniente diferenciarla.

Ahora, en el análisis de la existencia de este especial tipo de responsabilidad, ha resultado especialmente discutido un texto, que se constituye entonces como la piedra angular de sendas disputas doctrinales. En razón de lo anterior, la postura que tomemos frente a él condicionará a su vez la concepción de la *custodiam praestare*. Nos referimos a un texto de Gayo presente en D. 18, 1, 35, 4 (*Gai. 10 ed. prov.*):

Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat: si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et conditionem exhibeat emptori. Unde videbimus in personam eius, qui alienam rem vendiderit: cum is nullam vindicationem aut conditionem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre.

Si una cosa vendida hubiese perecido por hurto, ha de observarse, en primer lugar, qué se había convenido entre las partes acerca de la custodia de la cosa; si nada resulta haberse convenido, ha de esperarse del vendedor una custodia tal como la que un buen padre de familia pone en sus propias cosas. Si ésta se hubiese observado y no obstante perdió la cosa, el vendedor estará seguro, con

tal que ofrezca al comprador la acción reivindicatoria y la condición; de aquí se deduce lo que ocurre con el que vende una cosa ajena; como éste no puede disponer de la reivindicatoria ni de la condición, habrá de ser condenado por este mismo hecho: porque si hubiese vendido su propia cosa, podría transferir al comprador aquellas acciones.

El texto versa sobre las consecuencias de la pérdida de la cosa vendida por *furtum ante traditionem*. La discusión se centra sobre tres cuestiones fundamentales: 1) pactos modificativos de responsabilidad, con primacía de la autonomía negocial y presentando las reglas del texto como de aplicación subsidiaria; 2) la existencia de la responsabilidad por custodia; y 3) el criterio de imputación de responsabilidad por custodia, fijando uno de orden subjetivista: “*qualem bonus pater familias suis rebus adhibet*”.

La primera cuestión no es problemática, pues desde antiguo se reconoce en derecho romano la posibilidad de acrecentar o disminuir la responsabilidad de los contratantes mediante pactos al efecto, con la limitación de no condonar el dolo anticipadamente.⁸³²

El segundo de los problemas expuestos es medular. Con todo, creemos que es posible sostener que el texto analizado constituye un reconocimiento expreso de la existencia de la *custodiam venditoris*, pues a nuestro entender la mención a la posibilidad de pacto que acabamos de ver alude al hecho de poder excluir la responsabilidad por custodia, es decir, en caso de nada pactar las partes, la *custodiam venditoris* va ínsita en el contrato. Por lo demás, la existencia de la responsabilidad por custodia también es posible inferirla de otros textos, aún cuando no la señalen expresamente; ello, porque reconocen su existencia de manera

por el Edil. En este caso, al comprador se le cede la *actio ex lege Aquilia* para perseguir la responsabilidad de aquel.

⁸³² En general, DÍAZ, I. (2011). “Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho romano”. En *Revista de Derecho Privado*, N° 20, Bogotá, p. 7-47.

oblicua al asignar la titularidad de determinadas acciones. Así, D. 39, 2, 18, 9 (*Paulus 48 ad ed.*)⁸³³ y D. 39, 2, 38 pr. (*Paulus 10 ad sab.*),⁸³⁴ en que se niega al comprador la calidad de legitimado activo a la *actio damno infecti* previo a la *traditio*. De ello se infiere que la titularidad de la acción le pertenece al vendedor, quien es el obligado y responsable de la conservación de la cosa, por custodia: *venditoris custodiam est*. Lo mismo en D. 47, 2, 14, 1 (*Ulpianus 29 ad sab.*),⁸³⁵ en que se niega la titularidad de la *actio furti* al comprador.

⁸³³ D. 39, 2, 18, 9 (*Paulus 48 ad ed.*): “*Sed quid fiet, si venditor sine culpa stipulari non potuerit et ob hoc emptor stipulatus fuerit? nonne damnum patitur? an hoc damnum in aliena re acciderit, revolvitur autem ad emptorem, quia actionem ex empto non habet? sed nihil in hac causa proficit stipulatio, nisi in id, quod post traditionem accidit, quia, dum venditoris custodia est, is stipulari debet omnemque diligentiam emptori praestare: et quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur.*” (“Pero ¿qué sucederá si sin culpa no hubiere podido estipular el vendedor, y por esto hubiere estipulado el comprador? ¿Por ventura sufre el daño? ¿O es que este daño recae sobre cosa ajena, pero se dirige al comprador, porque no tiene la acción de compra? Mas en este caso para nada aprovecha la estipulación, sino para lo que acontece después de la entrega, porque mientras la custodia le corresponde al vendedor, éste debe estipular y responderle de toda diligencia al comprador; y lo que se puede obtener con otra acción no se comprende de ningún modo en la estipulación del daño que amenaza”).

⁸³⁴ D. 39, 2, 38 pr. (*Paulus 10 ad sab.*): “*Emptor aedium ante traditam sibi possessionem ideo inutiliter stipulatur, quia venditor omnem diligentiam ei praestare debet. tunc certe utiliter stipulatur, cum omnis culpa a venditore aberit, veluti si precario emptori in his aedibus esse permisit custodiamque ei afuturus tradidit.*” (“El comprador de una casa estipula inútilmente antes que se le haya entregado la posesión, porque el vendedor debe responderle de toda diligencia; y la verdad, estipula útilmente cuando el vendedor estuviere exento de toda culpa, por ejemplo, si le permitió al comprador en precario estuviere en aquella casa, y habiéndose de ausentar le encomendó su custodia”).

⁸³⁵ D. 47, 2, 14, 1 (*Ulpianus 29 ad sab.*): “*Adeo autem emptor ante traditionem furti non habet actionem, ut sit quaesitum, an ipse subripiendo rem emptor furti teneatur. et iulianus*

En contra de la posición anterior, otro grupo de autores, entre los que se destaca Betti,⁸³⁶ sostiene que la responsabilidad por custodia no es un *essenciale* ni un *naturale negotii* del contrato de compraventa y solo se hallaría presente bajo la forma de un *pactum adiectum*. En razón de ello, para el autor citado, en caso de no existir pacto, si acontece el hurto de la cosa vendida sin mediar culpa del vendedor, nos hallamos en presencia de una imposibilidad de cumplimiento de la prestación que, al no serle imputable, lo libera de su obligación de *tradere*.⁸³⁶

Ahora, más allá de la diferencia de opiniones planteada, aparece como adecuada la coexistencia de la *custodiam praestare* desde el momento de adopción de una regla como la del *periculum est emptoris*. Asumido ese punto, la pregunta más bien no es si la *custodiam* va ínsita en contrato de compraventa, sino desde cuándo. En esto seguimos a Serrano-Vicente, quien, con Talamanca, ha destacado el hecho fundamental de

libro vicensimo tertio digestorum scribit: si emptor rem, cuius custodiam venditorem praestare oportebat, soluto pretio subriperit, furti actione non tenetur. plane si antequam pecuniam solveret, rem subtraxerit, furti actione teneri, perinde ac si pignus subtraxisset. ("Mas de tal modo no tiene el comprador antes de la entrega la acción del hurto, que se preguntó, si, substrayendo el mismo comprador la cosa, estaría sujeto a la acción de hurto. Y escribe Juliano en el libro vigésimo tercero del Digesto: si el comprador hubiere sustraído, pagado el precio, la cosa, de cuya custodia debía responder el vendedor, no está sujeto a la acción de hurto; mas si antes de pagar el dinero, hubiere sustraído la cosa, está sujeto a la acción de hurto, lo mismo que si hubiese sustraído una prenda").

⁸³⁶ En palabras de Betti, la custodia "*non è nè un essenziale nè un naturale negotii de la compravendita clasica, ma un elemento puramente accidentale, frutto di un'assunzione pattizia, che può anche mancare e manca normalmente*". Esto lleva al autor a considerar interpolado el término *custodia* en D. 39, 2, 18, 9 (*Paulus 48 ad ed.*). Betti sostiene que habrían sido los compiladores justinianeos los que generalizaron los casos de responsabilidad pacticia y los transformaron en una responsabilidad por custodia para contrarrestar el *periculum emptoris*. Con ello se pasa de una cuestión de responsabilidad contractual a uno de riesgo contractual, v., D. 18, 1, 35, 4 (*Gaius 10 ad ed. provinc.*). BETTI, *op. cit.*, p. 142-144.

no encontrar en el Digesto mención a este tipo de responsabilidad del vendedor sino hasta inicios del siglo II d. C.⁸³⁷

La tercera de las cuestiones que plantea el texto en análisis da lugar a discusiones igualmente arduas. Allí se fija una noción concreta del estándar de imputabilidad en base al cual se establece la responsabilidad, presentando uno de orden cupabilista, el comportamiento como *bonus pater familias*, que exime al vendedor de la *custodiam*. No es de extrañar entonces que entre quienes sostenemos el carácter *sine culpa* de la *praestare custodiam* esta mención directa del estándar subjetivo haya sido tachada de interpolada y encuentre su origen en una reelaboración de los compiladores justinianos.⁸³⁸

Finalmente, afirmada que ha sido la existencia y el carácter *sine culpa* de la *custodiam venditoris* como regla de asignación de responsabilidad del contrato de compraventa, conviene precisar su contenido, para lo cual resulta interesante D. 19, 1, 31 pr. (*Nerva 3 membr.*),⁸³⁹ porque permite excluir de este ámbito de responsabilidad la pérdida de la cosa sufrida por robo. En la voz del jurista, la justificación se halla en

⁸³⁷ SERRANO-VICENTE, *op. cit.*, p. 288. En igual sentido, Scognamiglio, quien ha sostenido que “*non sembra possibile far risalire già al I sec. a. C. l’obbligazione di custodiam praestare come elemento naturale del contratto di compavendita*”. SCOGNAMIGLIO, *Note su sinallagma...*, *op. cit.*, p. 183.

⁸³⁸ En este sentido, ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 74, nt. 1.

⁸³⁹ D. 19, 31, 1 pr. (*Nerva 3 membr.*): “*Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit. Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur.*” (“Si aquella cosa que se debía entregar por la compra, me hubiese sido arrebatada por la violencia, aunque yo hubiera debido custodiaria, no obstante, es más adecuado, que no deba yo al comprador más que las acciones para perseguir la cosa, pues la custodia frente a la fuerza de poco sirve; pero aquellas acciones deberé cedértelas a tu arbitrio y riesgo, de modo que te corresponda toda la ventaja o gasto”).

el hecho de que *custodia adversus vim parum profici*. La formulación tiene una doble consecuencia jurídica. La primera es reconocer que la *custodiam*, en cuanto actividad de vigilancia y conservación (custodia material), no resulta idónea –por su propia naturaleza– para prevenir el robo, por su naturaleza violenta y, segundo, que la resistencia ante un robo no se constituye como exigencia propia del *custodiam praestare*. Con ello, el robo o la violencia ejercida por terceros se yergue como una causal de exoneración de responsabilidad que libera al vendedor.⁸⁴⁰

V. *Periculum est emptoris, custodiam praestare y synallagma*

El carácter bilateral del contrato de compraventa establece la existencia de obligaciones recíprocas entre las partes. La principal obligación del vendedor es la de *possessionem tradere* al comprador, y la de éste pagar el precio convenido. Entonces, el contrato de compraventa se presenta como el ejemplo excelso de los actos jurídicos sinalagmáticos, pues cada una de las obligaciones principales de las partes tiene por causa la obligación de la parte contraria.⁸⁴¹

Esta vinculación e imbricación de las obligaciones de las partes se ha denominado técnicamente *synallagma* condicional, pues cada obligación cumple un rol de condición y causa respecto de la otra, de modo que faltando alguna, es decir, tornándose en imposible su

⁸⁴⁰ La inaplicabilidad de la responsabilidad por custodia en caso de robo tiene como corolario la necesaria cesión de acciones desde el vendedor al comprador interesado. Este es quien ha sufrido el daño patrimonial con el delito, y por ello en éste han de radicarse las acciones reipersecutorias.

⁸⁴¹ Para un tratamiento amplio del tema puede verse VIARO, S. (2011). *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*. Milán: CEDAM.

cumplimiento, la consecuencia necesaria es que la obligación correlativa se extinga, pues entonces, carecería de fundamento. Sin embargo, en el caso de la compraventa, la jurisprudencia romana se alejó del modelo reseñado. Como hemos visto en líneas anteriores, fue adoptada por la jurisprudencia la regla de que el *casus* ha de ser soportado por el comprador: *periculum est emptoris*, y esta regla no se adecua al *synallagma* condicional, como si lo haría la regla *periculum est venditoris*. Scognamiglio ha puntualizado el asunto del siguiente modo: “*Nella fattispecie riconducibile a questa ipotesi [imposibilidad sobrevenida de la obligación de *possessionem tradere* por causa no imputable al vendedor], l'applicazioni delle regole sull'interdipendenza condizionale delle prestazioni dovrebbe condurre all'attribuzione del periculum rei venditae all'alienante, il quale perderebbe il diritto alla controprestazione*”.⁸⁴²

De lo dicho se comprende que desde una perspectiva jurídica la pregunta relevante es qué ocurre en las relaciones sinalagmáticas cuando una de las obligaciones se vuelve imposible de cumplir *sine culpa* de una de las partes. En el caso de la compraventa la duda se presenta si la obligación del vendedor (de *possessionem tradere*) es aquella que se vuelve imposible, por no existir ya la *certa res* cuya posesión debía ser entregada⁸⁴³ y, entonces, se duda sobre cuál ha de ser la suerte de la obligación correlativa. ¿Debe el comprador pagar el precio, quedando sujeto a la *actio venditi*? O, por el contrario ¿tiene acción para solicitar su reembolso habiéndolo pagado o *exceptio* contra la acción que persiga su cobro, en caso de no haberlo hecho?

Como dijimos, una estricta aplicación del *synallagma* contractual nos

⁸⁴² SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 174.

⁸⁴³ Es notorio que el problema del *periculum rei venditae* solo se presenta en el caso de compraventa de cosas ciertas. Tratándose de compraventa de cosas genéricas, por una parte, se duda si dicho acto es propiamente una compraventa, y aún en caso afirmativo, el problema del *periculum* desaparece, precisamente atendida la naturaleza genérica de la cosa, que no da lugar a imposibilidad sobrevenida, en atención a la regla *genus non perit*.

llevaría a que extinguida la obligación de *possessionem tradere* se extinga consecucionalmente la obligación de pagar el precio o, habiéndose pagado, se conceda al comprador acción para exigir su reembolso. Tal posición es defendida por quienes sostienen la validez del principio *periculum est venditoris*, como Betti, para quien “*la mancata attuazione del divisato assetto d’interessi, consistente nello scambio fra le due prestazioni corrispettive, fa sì che la prestazione (del fitto o del prezzo), dovuta in funzione di quella divenuta impossibile, venga a mancare della sua ragion d’essere, e quindi non sia più esigibile, o sia, se già eseguita ripetibile*”⁸⁴⁴ y, en particular respecto de la obligación de pagar el precio, “*il furto incolpevole, dava luogo a una impossibilità che, non essendo imputabile al venditore, lo liberava bensì dalla sua obblizione, ma gli faceva perderé il vantaggio della obbligazione corrispettiva, ossia il crédito al prezzo*”.⁸⁴⁵ En particular, la *actio empti* funcionaría en este caso ya no para exigir la entrega de la cosa –lo que es imposible– sino la devolución del precio en caso de haberlo pagado. Complementariamente, frente al ejercicio de una *actio venditi* para su cobro, se concederá *exceptio* al comprador para rechazarla. Con todo, el mismo autor admite que la responsabilidad por custodia del vendedor tiene por objeto impedir que quede a su arbitrio la conservación de la cosa, pues sin ella se frustra la finalidad contrato, sin importar que el vendedor tuviese que restituir el precio al comprador, quien de todos modos vería defraudadas sus expectativas.⁸⁴⁶

Pero, insistimos, el anterior esquema no fue admitido por la jurisprudencia romana, privilegiando el sistema opuesto. De modo que se hace necesario coordinar la existencia de la regla *periculum est emptoris*, que pone de carga del comprador el *casus*, con aquella que deja subsistente su obligación de pagar el precio. La vulneración del *synallagma*,

⁸⁴⁴ BETTI, *Periculum...*, *op. cit.*, p. 173. La “*ragion d’essere*” a que se refiere Betti es, precisamente, la causa del contrato.

⁸⁴⁵ *Ibidem*, *Periculum...*, *op. cit.*, p. 143-144.

⁸⁴⁶ *Ibidem*, *Periculum...*, *op. cit.*, p. 158.

a nuestro juicio, solo puede ser entendida a la luz del establecimiento de la responsabilidad por custodia de que hemos tratado.

A partir de lo anterior es posible identificar en la existencia de la *custodiam praestare* un carácter corrector con relación al *periculum est emptoris*,⁸⁴⁷ produciendo un equilibrio en la repartición de los riesgos de pérdida –en sentido amplio– por *casus* y hurto de la *res vendita non tradita* y rectificando por esta vía el *synallagma* contractual. El *casus*, en virtud de la regla *periculum est emptoris*, es soportado por el comprador, dejando intacta su obligación de pagar el precio. Y en contrapartida, la pérdida por hurto, en virtud de la regla *furtum est venditoris*, es soportada por el vendedor, provocando la legitimación del comprador a la *actio empti* para exigir *id quod interest*, es decir, todo aquello que le hubiere interesado el cumplimiento oportuno de la obligación de *tradere possessionem*.

Como se observa, únicamente con la oposición entre *periculum* y *custodiam* se ve reestablecido el equilibrio contractual. Lo anterior no encuentra obstáculo en el hecho de que sean igualmente atribuidos al comprador los daños sufridos por la *res vendita non tradita* que no implican su destrucción, es decir, los deterioros, que las fuentes llaman *detrimentum* o *incommodum*. Vale la pena detenerse en este punto un momento.

No cupo duda a la jurisprudencia romana que los deterioros que experimentara la cosa en el tiempo de pendencia de la obligación de *tradere possessionem* se radican en el comprador, pero dicha conclusión es problemática para aquellos que sostenían la vigencia de la regla *res*

⁸⁴⁷ En este sentido, ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 148; GUZMÁN, A. (1997). “La responsabilidad objetiva por custodia en el derecho romano y en el derecho moderno, con una referencia especial a la regla *Periculum est emptoris*”. En *Revista Chilena de Derecho*, 24, 1, p. 99; SERRANO-VICENTE, *op. cit.*, p. 288: “Esta circunstancia nos permite establecer en los primeros decenios del siglo II d. C. el momento en que se introdujo –tal vez por la práctica negocial– este elemento corrector del *periculum emptoris*”.

perit venditoris. La contradicción se produce porque cuesta hallar alguna razón que justifique el hecho de radicar en el vendedor la pérdida por destrucción (total) de la cosa, pero adoptar la regla contraria tratándose de los simples deterioros (*incommoda*), radicándolos en el comprador.⁸⁴⁸ Con todo, debemos cuidar de practicar una diferenciación entre los regímenes de *periculum* como pérdida o destrucción total de la cosa por *casus*, de aquel conjunto de alteraciones sufridas por la *merx* agrupadas bajo el concepto de *commoda* e *incommoda*. Esto porque las alteraciones que sufra la cosa no se reducen a eventuales detrimentos (*incommoda*), sino que también pueden consistir en aumentos (*commoda*). De esta manera, la aplicación del principio *cuius commoda eius et incommoda*, aunque vinculado al régimen de repartición de riesgos, no lo altera de modo alguno, pues los deterioros y aumentos se radican siempre en el comprador, e incluso, dada la alea de la realidad, pueden significar un enriquecimiento para éste en caso de que dichos aumentos generen una desproporción a su favor entre el valor de la *merx* –aumentada– y el precio convenido por ella, que no se modifica, haya sido pagado o no.

La atribución de los *commoda* e *incommoda* al comprador aparece expresamente reconocida en un texto de Paulo, D. 18, 6, 7 pr. (*Ulpianus 1 opin.*): “*Id, quod post emptionem fundo accessit per alluvionem vel perit, ad emptoris commodum incommodumque pertinet: nam et si totus ager post emptionem flumine occupatus esset, periculum esset emptoris: sic igitur et commodum eius esse debet*”. (“Lo que después de la compra acreció al fundo por aluvión, o pereció, cede en beneficio o pérdida del comprador; porque también si todo un campo hubiese sido después de su compra ocupado por el río, el riesgo sería del comprador, y así por

⁸⁴⁸ Cfr. Betti, para quien es una tendencia típicamente justinianea la de tratar con el mismo criterio el *incommodum* y el *periculum*. Cuestión que es errónea pues aúna dos problemas diferentes, uno de imposibilidad sobrevenida de la prestación, al que atiene el *periculum*, y otro, el de los eventos que pueden afectar sin destruir la *res* objeto de dicha prestación, como lo son sus detrimentos (o mejoras). BETTI, *Problema...*, *op. cit.*, p. 179.

consiguiente debe ser de él el beneficio”). El pasaje interesa, además, porque con la expresión *sic igitur* evidencia un tratamiento conjunto del *periculum* en sentido estricto y en cierta medida una equiparación de regímenes entre éste y el *commodum*, como si tal solución dogmática fuera la única posible.⁸⁴⁹

⁸⁴⁹ Por otra parte, en época postclásica *periculum* e *incommodum* se hallan completamente homologados: I. 3, 23, 3: “*Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenierit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior esse coeperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum eius esse debet cuius periculum est. Quodsi fugerit homo qui venit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat animadvertendum erit an custodiam eius usque ad traditionem venditor suscepit. sane enim, si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non suscepit, securus erit. idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus. Utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debebit emptori, quia sane, qui rem nondum emptori tradidit adhuc ipse dominus est. idem est etiam de furti et de damni iniuriae actione*”. (“Mas luego que se hubiere contratado la compraventa [lo que hemos dicho que se verifica al punto que se hubiere convenido en el precio, cuando el negocio se hace sin escrito], el riesgo de la cosa vendida pertenece desde luego al comprador, aunque todavía no se le haya entregado la cosa. Así, pues, si un hombre hubiera muerto o hubiere sido lesionado en alguna parte de su cuerpo, si la casa, en todo o en parte, hubiera sido consumida por un incendio, si el fundo en totalidad o en alguna parte hubiere sido arrasado por la fuerza del río, o si aún por la inundación de las aguas, o porque los árboles hayan sido arrancados por un torbellino, hubiese comenzado a ser considerablemente menor o a estar deteriorado; el daño es del comprador, para quien es necesario, aunque no hubiere obtenido la cosa, pagar el precio: pues el vendedor está al seguro respecto de lo que ha sucedido sin dolo ni

Para finalizar nuestro análisis de la responsabilidad sin culpa con relación al contrato de compraventa, queremos detenernos en un fenómeno que podemos llamar procesal, aunque sus consecuencias sean sustantivas. Este consiste en la radicación o traslación de la legitimación activa de ciertas acciones, desde el sujeto que inicialmente las ostenta a aquel que ha debido responder o soportar la pérdida de la *res vendita*. Como veremos, el fenómeno que describimos, de radicación, cesión y subrogación de acciones, es consecuencia de las soluciones dogmáticas adoptadas ante el incumplimiento sin culpa de la obligación de *tradere*.

Para una mejor comprensión del problema planteado debemos volver sobre algunos conceptos elementales del derecho de bienes y de obligaciones vinculados a la legitimación activa de acciones.

El dominio de los bienes y su posesión como presupuesto general de aprovechamiento de los mismos se hallan protegidos mediante la *actio reivindicatio* y la *actio publiciana*. Pero cuando la cosa ha sido destruida, de nada sirven dichas acciones, pues recuperar su posesión devino imposible. En tal hipótesis la protección del dueño o poseedor civil requirió de la existencia de otras acciones cuya finalidad no fue recuperar la posesión perdida, sino reintegrar en el patrimonio del *dominus* o poseedor civil, un valor económico que le permita arribar

culpa de su parte. Mas si también después de la compra se ha agregado algo por aluvión al fundo, pertenece al provecho del comprador: porque el beneficio debe ser también de aquel de quien es el riesgo. Mas si hubiere huído el esclavo que se vendió, o si hubiere sido robado, pero sin que medien ni dolo ni culpa del vendedor, deberá tenerse en cuenta si el vendedor se encargó de su custodia hasta el momento de la entrega: pues, en realidad, si se hubiere encargado, aquel accidente va a su riesgo; y si no se hubiere encargado, está a seguro. Y lo mismo entendemos respecto a todos los animales y a las demás cosas. Sin embargo, deberá ciertamente ceder al comprador la vindicación de la cosa y la condición, porque, en realidad, el que todavía no ha entregado la cosa al comprador, es todavía su dueño. Y lo mismo sucede también respecto de la acción de hurto y de la de daño injusto”).

a una situación patrimonial que, retrospectivamente, es mirada como equivalente a aquella en que se encontraba con anterioridad a la pérdida de la cosa. Una de estas acciones es la *condictio (ex causa furtiva)*. Estas acciones, tanto aquellas que buscan recuperar la posesión de la cosa (*actio reivindicatio* y *actio publiciana*) como aquellas que buscan reintegrar su valor patrimonial (*condictio*), son susceptibles de agruparse bajo la categoría general de acciones reipersecutorias (*rei persecutionem habet*).⁸⁵⁰

La principal utilidad de la categoría de acciones reipersecutorias es su diferenciación con las llamadas *actiones poenales*. Establecida la diferencia de naturaleza, el reconocimiento de la titularidad de las acciones reipersecutorias al *dominus* no obsta que, en caso de haberse debido la pérdida de la cosa a un delito, a las anteriores acciones, se acumulen las *poenales* que correspondan al concreto delito cometido.⁸⁵¹

⁸⁵⁰ Por tanto, como señala Guzmán, en esta categoría la palabra *res* “no tiene el sentido de cosa corporal sino el más comprensivo de elemento patrimonial, y pudiendo tratarse, por cierto, de una cosa corporal, desde el punto de vista de su posesión civil o de su mera tenencia, incluye también el resarcimiento de un menoscabo físico sufrido por una cosa debido al acto de terceros, o el cobro de un valor que debió ser incorporado en el patrimonio y no lo fue, o de un gasto reembolsable, etc.” GUZMÁN, *op. cit.*, p. 193. En el mismo sentido, Guarino: “Le acciones reipersecutoriae (*azioni reipersecutorie: quibus rem persequimur*) erano rivolte ad ottenere il contravalore di ciò che fosse dovuto all'attore o a lui appartenesse (es.: la rei vindicatio, l'actio empti ecc.). Il contravalore, e non la res, a causa del principio della pecuniarietà della condanna”. GUARINO, A. (2001). *Diritto Privato Romano*. Nápoles: Jovene, p. 188.

⁸⁵¹ Sobre la distinta naturaleza de las acciones reipersecutorias y penales y, en consecuencia, sobre su posibilidad de acumulación, véase Guzmán: “En tanto la otra acción tenga carácter reipersecutorio, es acumulable a la penal, porque ésta se dirige a la sanción, mientras que aquella, a la indemnización (*res*), y ambas funciones son perfectamente compatibles; de ser reipersecutoria una y de tener igual rasgo la otra, que emanó del mismo hecho, no podría haber acumulación sino elección, ya que no debe haber doble resarcimiento; y lo propio ocurriría de ser ambas penales, pues un mismo hecho no puede ser sancionado dos veces.” GUZMÁN, *op.*

Pues bien, siendo éste el esquema general de acciones del que dispone un *dominus* para el evento de la pérdida de la cosa, en lo que a nosotros interesa toca preguntarnos qué ocurre con dichas acciones en caso de que la cosa debida sea el objeto material de la obligación de *tradere possessionem* del vendedor. Como se observa, la cosa *ante traditionem* sigue perteneciendo al *dominus*, pero su conservación interesa a ambas partes, al vendedor, a efectos de cumplir su obligación, y al comprador, por ser el objeto material en vista del cual ha convenido el pago del precio.

La radicación y traslación de acciones, a propósito del contrato de compraventa, aparece de la lectura de diversas fuentes: D. 18, 1, 35, 4 (*Gaius 10 ad ed. provinc.*); D. 19, 1, 31 pr. (*Nerva 3 membr.*); D. 47, 2, 14 pr. (*Ulpianus 29 ad sab.*); y D. 39, 2, 18, 9 (*Paulus 48 ad ed.*).

En D. 18, 1, 35, 4 (*Gaius 10 ad ed. provinc.*), luego de descartar la responsabilidad por custodia del vendedor en caso de haber obrado diligentemente, se señala que éste deberá ceder la acción reivindicatoria y la *actio condictio* al comprador: *vindicationem rei et conductionem exhibeat emptori*. El texto va más allá y regla el caso de venta *a non domino*. En dicho evento, al no poder ceder el vendedor las señaladas acciones, precisamente por no ser dueño, se lo hace responsable: *ob id ipsum damnandus est*.

En el segundo de los textos, D. 19, 1, 31 pr. (*Nerva 3 membr.*), se exonera de responsabilidad al vendedor por sustracción violenta (*rapi-na*) de la *res vendita* y se señala que éste no deberá al comprador más que las acciones reipersecutorias: *nihil amplius quam actiones perse-quendae eius praestari a me emptori oporteat*. El texto, además, se en-

cit., p. 194. En el mismo sentido, Guarino: “Nulla impediva che l’azione penale concorresse con quella reipersecutoria: ad esempio, la vittima di un furto poteva in ogni caso ottenere il duplum (o talvolta anche più) del valore della cosa rubata agendo contra il ladro con l’actio furti, ma poteva in oltre ottenere il contravalore della refurtiva (ove ne fosse anche il proprietario) agendo contra il ladro con la condictio ex causa furtiva)”. GUARINO, *op. cit.*, p. 190.

carga de especificar que el ejercicio de dichas acciones será a riesgo del comprador: *Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo*. Esto evidencia que tal ejercicio de acciones puede, incluso, ser una fuente de enriquecimiento para el comprador: *omne lucrum ac dispendium te sequatur*.

El caso analizado es relevante porque, como vimos anteriormente, la existencia del *periculum emptoris* halla su equilibrio en la imposición de la responsabilidad por custodia al vendedor. Ahora bien, la pérdida por robo no es encuadrable en el concepto de custodia, de modo que la soportación del *periculum* por parte del comprador ha quedado desbalanceada. Por tal motivo, la cesión de acciones a éste funciona como un elemento adicional al sistema general de reparto de riesgos, dando un sustrato económico al mismo, pues, ya que el comprador seguirá obligado al pago, se hace bien en, al menos, concederle las acciones con las que eventualmente pueda ser reintegrado.

El tercer texto, D. 47, 2, 14 pr. (*Ulpianus 29 ad sab.*), trata sobre el hurto de la *res vendita ante traditionem* y radica en el vendedor la titularidad de la *actio furti* hasta el momento de la entrega de la cosa. Pero luego el texto continúa y ordena la cesión de las acciones reipersecutorias al comprador, lo que es contradictorio.⁸⁵² Hurtada que haya sido la cosa, la *actio furti* ampara al vendedor, quien de todos modos habrá de responder ante el comprador mediante la *actio empti* ejercida por éste, pues tal es el efecto propio del *custodiam praestare* o *furtum est venditoris*, como vimos. En tal hipótesis, no existe necesidad dogmática alguna desde la perspectiva del equilibrio contractual en ordenar la cesión de las acciones penales y reipersecutorias al comprador. Lo anterior solo es comprensible si entendemos esta segunda parte del texto –que ordena la cesión de las acciones reipersecutorias– como una solución jurisprudencial para un evento diferente, no para el caso

⁸⁵² En el mismo sentido, ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 154; SERRANO-VICENTE, *op. cit.*, p. 304.

del hurto sino para el caso de la destrucción fortuita de la cosa o el robo violento de la misma, eventos en que cesa la responsabilidad por custodia y que al quedar comprendidos en un sentido amplio de *casus* son soportados por el comprador. Solo entonces se justifica la traslación de la legitimidad activa de las acciones que, por lo demás, evita el enriquecimiento injusto del vendedor, quien en caso contrario habría tenido derecho a conservar o cobrar el precio, a conseguir la *poena* y, además, al reintegro patrimonial del valor de la cosa.⁸⁵³

Todo lo dicho es concordante con el pasaje final del texto citado, donde, como en su momento indicamos, se establece un equilibrio en la repartición de riesgos o casos de imposibilidad de la prestación de *tradere rem* entre la *custodiam praestare* de cargo del vendedor y el *periculum* de cargo del comprador.

Otro texto, D. 39, 2, 18, 9 (*Paulus 48 ad ed.*), plantea una situación especial. En él no se discute sobre la cesión de acciones sino sobre la legitimación activa en la *actio de damno infecti*. La conclusión consiste en entender legitimado al vendedor para tal acción, en el entendido que responderá por *custodiam* si la destrucción acaece. El caso es anómalo por dos motivos: primero, porque se trata de *custodiam praestare* sobre inmuebles, y segundo, porque el hecho que desencadena la responsabilidad es la destrucción o daño sufrido a consecuencia de la ruina de un edificio vecino y no una de las tres hipótesis típicas.

Finalmente, podemos ver en D. 18, 5, 5, 2 (*Iulianus 15 Dig.*) que el

⁸⁵³ Cfr. Arangio-Ruiz considera interpolado el pasaje en cuanto ordena la cesión de las acciones *poenales*. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 154. Aunque la objeción es plausible, atendido el carácter personalísimo de las acciones *poenales*; por otra parte, no vemos dificultades en su cesión, sobre todo si con la subrogación lo que se busca es poner al *emptor* insatisfecho en la posición procesal que se hallaría de haberse efectuado ya la entrega. En dicho evento, las acciones penales y reipersecutorias le pertenecerían. Pues bien, no parece equilibrado privarlo de algunas acciones y hacerlo titular de otras, máxime si —como hemos visto— aquel *emptor* de cosa robada o destruida seguirá estando obligado al pago íntegro del precio.

fenómeno que describimos no se agota en la cesión de acciones, sino que en otros casos consiste en la radicación de las mismas, es decir, en la determinación de la legitimación activa a ellas. Con esto, el jurista excluye la responsabilidad por custodia y determina la subsistencia de las obligaciones y, consecuentemente, de las acciones para exigir su cumplimiento. Como se sabe, D. 18, 5, 5, 2 (*Iulianus 15 Dig.*) trata el caso de un esclavo vendido y no entregado que resulta muerto por causas naturales. Allí se expresa que subsistirán las acciones: *actiones ex empto et vendito manebunt*. En particular, según hemos dicho, subsistirá la *actio venditi* con que el vendedor podrá exigir al comprador el pago del precio.

Revisados como han sido estos textos, podemos concluir que el fenómeno consistente en la radicación, cesión y subrogación de acciones constituye una forma oblicua o indirecta en que se presenta la responsabilidad. Esta, en numerosos textos, se halla oculta en el discurso de los juristas, como si se tratase de una verdadera materia oscura –si se nos permite la analogía– cuya existencia solo nos es posible conocer por medio de su influencia en otro fenómeno que sí es tratado directamente, como es la legitimación activa en las acciones (*furti, reivindicatio, condictio furtiva*, etc.).⁸⁵⁴

Como último punto con relación a este tema basta señalar que la concreta forma en que operaría la cesión de acciones no es clara para la doctrina, inclinándose algunos autores por requerir transformar al cesionario en *procurator in rem suam*.⁸⁵⁵ Sobre el mismo tema, la cesión de acciones que tratamos se presenta como un caso anómalo de cesión

⁸⁵⁴ En el mismo sentido, Serrano-Vicente para quien “parte importante de la información sobre la custodia que nos aportan las fuentes en relación con este contrato (compraventa) procede de los fragmentos relativos a la legitimación procesal activa a la acción del hurto (*actio furti*)”: SERRANO-VICENTE, *op. cit.*, p. 263.

⁸⁵⁵ Arangio-Ruiz considera interpolado el pasaje en cuanto ordena la cesión de las acciones *poenales*. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 151.

necesaria –mejor que involuntaria o forzada– entre la regla general consistente en la cesión voluntaria de acciones como negocio jurídico que importa la cesión de créditos.⁸⁵⁶

⁸⁵⁶ Guarino ha destacado que las cesiones de acciones son, en general, voluntarias en derecho romano, salvo algunas forzadas, entre las que se halla el caso que nos ocupa. GUARINO, *op. cit.*, p. 818. Sin embargo, a nosotros nos parece que se deben efectuar algunas distinciones al interior de la categoría de cesión forzada o necesaria –la designación es nuestra– de acciones. Por una parte, los casos por nosotros analizados son consecuencia, como se vio, de la asignación de riesgos y responsabilidad en el contexto de la imposibilidad sobrevenida de dar cumplimiento a la obligación de *tradere rem* o de *reddere*, según se trate del contrato de compraventa o de otro. Los demás casos, en cambio, parecen tener como factor común el establecer un derecho de repetición a favor de aquel que extinguió una deuda parcial o totalmente ajena. Como se puede ver, la distinción que planteamos tiene implicancias superiores de las que aquí podemos tratar, sobre todo porque creemos posible hallar la cesión necesaria de acciones del derecho romano clásico el origen histórico del concepto de subrogación legal presente en los derechos modernos. Precisamente por lo anterior, dicha subrogación legal debiese ser juzgada a la luz del equilibrio contractual. Con todo, lo dicho no pasa de ser una intuición del autor que un examen futuro habrá de confirmar o rechazar. Adicionalmente, se debe recordar con Schulz que la transmisión de acciones fue un fenómeno limitado en el derecho romano clásico, únicamente accesible por vía de sucesión *mortis causa*, *adrogatio* y *conventio in manum*. Y que para la superación de dicha limitación se tuvo que recurrir a la institución de la *novatio*, no exenta de dificultades. Por todo esto es que el autor señalado sostiene que: “Otro medio artificial de subvenir a la deficiencia que antes apuntábamos, consiste en utilizar la representación procesal como medio de transmisión de obligaciones. Cuando un acreedor deseaba transmitir su derecho a otro, podía nombrar a este último su representante procesal para la exacción del débito, autorizándole a conservar al mismo tiempo, lo que percibiese”. SCHÜLZ, F. (1970). *Derecho romano clásico*. Barcelona: Bosch, p. 599-600. Igualmente, aunque con menos detalles, JÖRS, P. y KUNKEL, W. (1937). *Derecho privado romano*, Barcelona: Labor, p. 293-294.

DERECHO ROMANO PRINCIPIOS GENERALES

UFLO
UNIVERSIDAD

El presente libro recupera las ponencias presentadas en el VIII Congreso de 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 Enrique Lapieza Elli”, en el mes de octubre del año 2021.

El evento se realiza de forma anual en UFLO Universidad, donde reconocidos expertos tratan distintas aproximaciones a la problemática que los reúne.

