

Cuarta Jornada sobre

ORÍGENES ROMANÍSTICOS

de los principios generales del Derecho

Norberto Darío Rinaldi
Mirta Beatriz Álvarez
Virginia Abelenda
Mónica Villagra
Romina del Valle Aramburu
Daniel Gerardo Bonjour
María Vanesa Valenti
María Fernanda Villulla
Emiliano J. Buis
José Félix Chamie
Claudio Raúl Cuellar
Alfredo Gustavo Di Pietro

Anabella Facciuto Kaed
Valeria Susana Guerra
Laura Liliana Micieli
Raúl Augusto Montesano
Patricia Silvina Mora
Gabriela Victoria Morel
Marilina Andrea Miceli
Leticia Inés Núñez
Enrique Luis Pedicone
Luis Martín Poehls
Mariana Verónica Sconda
Gastón Rodrigo Tirigall Casté

Cuarta Jornada sobre
ORÍGENES ROMANÍSTICOS
de los principios generales del Derecho

Norberto Darío Rinaldi
Mirta Beatriz Álvarez
Virginia Abelenda
Mónica Villagra
Romina del Valle Aramburu
Daniel Gerardo Bonjour
María Vanesa Valenti
María Fernanda Villulla
Emiliano J. Buis
José Félix Chamie
Claudio Raúl Cuellar
Alfredo Gustavo Di Pietro

Anabella Facciuto Kaed
Valeria Susana Guerra
Laura Liliana Micieli
Raúl Augusto Montesano
Patricia Silvina Mora
Gabriela Victoria Morel
Marilina Andrea Miceli
Leticia Inés Núñez
Enrique Luis Pedicone
Luis Martín Poehls
Mariana Verónica Sconda
Gastón Rodrigo Tirigall Casté

Rinaldi, Norberto Darío

Cuarta Jornada sobre Orígenes Romanísticos de los Principios Generales del Derecho.
- 1a ed. - Buenos Aires : Universidad de Flores, 2013.
E-Book.

ISBN 978-987-710-014-3

1. Derecho. 2. Actas de Congresos. I. Título
CDD 340

Fecha de catalogación: 04/10/2013

ÍNDICE

PRÓLOGO.	
Norberto Darío Rinaldi.....	5
Crónica: “CUARTA JORNADA SOBRE ORIGENES ROMANISTICOS DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO”	
Mirta Beatriz Álvarez.....	7
DOS EJEMPLOS DE APLICACIÓN DE LA <i>AEQUITAS</i> EN MATERIA DE AGUAS	
Virginia Abelenda	9
CONTRATOS: DE LAS DIFERENTES ACEPCIONES DEL TÉRMINO A LA CONSENSUALIDAD COMO PRINCIPIO GENERAL	
Mirta Beatriz Álvarez.....	19
LA DEGRADACIÓN DE LA <i>FIDES</i> CONYUGAL:	
Mónica Villagra.....	39
UN ANÁLISIS ACERCA DEL SIGNIFICADO DEL ENCIERRO EN LAS PRISIONES EN ROMA Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS	
Romina del Valle Aramburu.....	65
EL ABUSO DEL DERECHO: ORIGEN ROMANÍSTICO DEL INSTITUTO, SU APLICACIÓN Y RECEPCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	
Daniel Gerardo Bonjour, María Vanesa Valenti, María Fernanda Villulla.....	81
LAS LANZAS DEL PODER: EL <i>IUS FETIALE</i> , LAS ACCIONES DE LA LEY Y LA CONSTRUCCIÓN DE UN ‘DERECHO INTERNACIONAL’ ROMANO	
Emiliano J. Buis.....	93
ORIGEN ROMANÍSTICO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: APLICACIÓN Y PERSPECTIVAS DE LA <i>REDUCTIO AD AEQUITATEM</i> EN EL SISTEMA JURÍDICO DE TRADICIÓN ROMANISTA*	
José Félix Chamie.....	109
¿EL PRINCIPIO DE PACTA SERVANDA SUNT COMO GARANTÍA DEL PRINCIPIO LEGAL ALTERUM NON LAEDERE?: (RE) VISITANDO EL POEMA LUCRECIANO A LA LUZ DE UN ENFOQUE ROMANISTA	
Por Claudio Raul Cuellar	119

OMNIS DEFINITIO PERICULOSA EST Alfredo Gustavo Di Pietro	127
APROXIMACION A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LA LEGISLACION NACIONAL Y SU ESTRECHA VINCULACION CON EL DERECHO ROMANO Anabella Facciuto Kaed.....	135
RES IUDICATA PRO VERTTATE ACCIPITUR Valeria Susana Guerra	149
SOBRE EL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REUS Laura Liliana Micieli.....	165
EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS SUCESORIOS ROMANOS Raúl Augusto Montesano.....	171
EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL AL BUEN GOBIERNO. ANTECEDENTES ROMANÍSTICOS Patricia Silvina Mora.....	185
EL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA: DEL PRETOR AL JUEZ DEL SIGLO XXI Gabriela Victoria Morel	199
FIDES ROMANA Y PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Marilina Andrea Miceli, Leticia Inés Nuñez, Claudio Raúl Cuellar	207
ANALOGÍA DISCURSIVA DEL DEBER Y DEL PODER DE LOS CRÍMENES HOY Y EN LA ANTIGUA ROMA Enrique Luis Pedicone, Por Luis Martín Poehls	221
¿SON INMUTABLES LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO? Norberto Darío Rinaldi.....	229
“EL ARTÍCULO 1197 DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. EL <i>PACTA SUNT SERVANDA</i> Y SU ORIGEN ROMANÍSTICO” Mariana Verónica Sconda.....	233
MODERNIZACIÓN Y DERECHO PRIVADO. PERCEPCIÓN DE LA CRISIS DEL DERECHO PRIVADO LIBERAL EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA Gastón Rodrigo Tirigall Casté	261

PRÓLOGO

Por Dr. Norberto Darío Rinaldi

Nos satisface profundamente tener el honor de prologar un nuevo volumen que contiene esta vez los trabajos que fueron presentados en la **IV Jornada sobre el Origen Romano de los Principios Generales del Derecho**, realizada el sábado 15 de septiembre de 2013.

En esa ocasión el **Instituto Dr. Ángel Lapieza Elli de estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina** compartió la organización del evento con la **Facultad de Derecho de la Universidad de Flores**, que facilitó sus modernas instalaciones, proveyó la infraestructura necesaria y se ha hecho cargo, también, de la presente publicación. Ambas Instituciones nos hemos propuesto persistir en la colaboración para realizar todo tipo de actividades académicas en el campo jurídico, en procura de obtener un ámbito de excelencia para los estudios de grado, de posgrado y de investigación en general.

Es importante señalar que el número y calidad de las ponencias ha ido en constante aumento a lo largo de cada una de las Jornadas, a punto tal que el presente volumen cuenta con más de veinte colaboraciones de estudiosos argentinos y extranjeros; debiendo dejarse constancia de que todos ellos fueron sometidos a posteriores debates, dando lugar a encarnizadas discusiones que enriquecieron las investigaciones. Bienvenida por siempre la controversia académica de la que necesariamente surgen la excelencia y el progreso de las ciencias, fines últimos de las entidades organizadoras.

La amplitud del tema convocante ha permitido abarcar las más diversas opiniones sobre aspectos de los Principios Generales del Derecho; materia que, por su innegable actualidad despierta el interés de juristas de las más diversas disciplinas, todos ellos contestes en la vigencia irrefutable del legado Romano.

Se podrán encontrar en el presente volumen referencias a la *aequitas* en materia de aguas y de contratos, a la buena fe, al consensualismo contractual, al derecho internacional, a las penas y al derecho penal, al derecho procesal, a las facultades y obligaciones de los Jueces, a las limitaciones al derecho de propiedad, a la protección del más débil, al abuso de derecho, a la fidelidad conyugal, a la peligrosidad de las definiciones, al derecho a la verdad y a los principios generales del Derecho desde un punto de vista filosófico, entre otros.

Resulta imprescindible remarcar la satisfacción de los organizadores por haber contado con ponencias de alumnos y ayudantes de cátedra que, con la debida autorización de sus maestros, también expusieron sus trabajos, los que han sido incorporados al presente volumen.

La IV Jornada comenzó con una disertación magistral del Profesor Dr. Carlos Cárcova y finalizó con una mesa redonda en la que participamos conjuntamente con los Dres. Juan Carlos Ghirardi y Laura Liliana Micieli.

Con el auspicio de las mismas entidades organizadoras de la IV Jornada, está programada para el mes de octubre del presente año una nueva realización de este evento romanístico que reúne un número cada vez superior de participantes extranjeros y ha trascendido las fronteras del Derecho Romano para convertirse en un acontecimiento multidisciplinario al convocar, además de romanistas, a juristas de otras ramas de la ciencia del Derecho.

Confiamos en poder persistir en este esfuerzo, contando con la inestimable colaboración de tantos entusiastas participantes.

Crónica: “CUARTA JORNADA SOBRE ORIGENES ROMANISTICOS DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO”

por la Doctora Mirta Beatriz Álvarez

El 15 de Septiembre de 2012, se celebró en el Auditorio de la Universidad de Flores, la Cuarta Jornada sobre “Orígenes Romanísticos de los Principios Generales del Derecho”, organizada por el Instituto de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina “Dr. Ángel Lapieza Elli” y la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores.

En la ceremonia inaugural -que contó con la presencia del Señor Rector de la Universidad- se firmó un convenio de Cooperación entre la Universidad de Flores y el Instituto Lapieza Elli y se entregó al Dr. José Félix Chamié, Profesor de la Universidad del Externado de Colombia, una carta intención para suscribir un futuro convenio de cooperación entre las universidades.

La Jornada se inició con una Conferencia Magistral, a cargo del Doctor Carlos Cárcova.

A partir de las 11 horas y hasta las 17.30 horas, se expusieron y debatieron las ponencias presentadas por Profesores de distintas áreas del derecho (romanistas, historiadores, de filosofía y de ciencia política) y provenientes de distintos puntos de nuestro país y del exterior. Los trabajos presentados duplicaron en número los de las tres anteriores Jornadas, y mantuvieron un excelente nivel.

La Jornada finalizó con una Mesa Redonda integrada por el Doctor Juan Carlos Ghirardi, la Doctora Laura Liliana Micieli y el Doctor Norberto Darío Rinaldi.

La asistencia fue muy numerosa -tanto de profesores como de alumnos- por lo que la capacidad del auditorio se vio colmada durante toda la jornada.

Durante el desarrollo de esta Jornada se presentó la revista “Lecturas de Derecho Romano VI”, donde se encuentran publicadas las Conferencias y Comunicaciones debatidas en la Tercera Jornada sobre el Origen Romano de los principios generales del Derecho y contiene un merecido homenaje a la recientemente fallecida Profesora Doctora Nelly Dora Louzán de Solimano.

Atento al interés demostrado en esta Cuarta Jornada y al éxito alcanzado, los organizadores se han comprometido para que el año próximo tenga lugar la Quinta Jornada.

DOS EJEMPLOS DE APLICACIÓN DE LA *AEQUITAS* EN MATERIA DE AGUAS

Por Virginia Abelenda

Virginia Abelenda es abogada y profesora adjunta de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y de la Universidad Torcuato Di Tella. Es *Magister* y *Dottore di Ricerca* en *Sistema Giuridico Romanistico, Unificazione del Diritto e Diritto dell'Integrazione* de la *Università degli Studi di Roma II*, y post-doc (*summa cum laude*) de la Pontificia Università Lateranense.

Filiación institucional, domicilio, teléfono y dirección de correo electrónico: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires y Escuela de Derecho, Universidad Torcuato di Tella; Riobamba 965 8º “3” (1er cuerpo, CP 1111 CABA); 1556578614; virginiaabelenda@hotmail.com.

Resumen

La introducción del principio de la *aequitas* incorpora un criterio de valoración elástico y flexible que permite evitar que la aplicación del derecho estricto conduzca en algunos casos a un resultado injusto, por aquello, bien presente para los Romanos como era justamente evitar que *summum ius, summa iniuria*, así como la posibilidad de moderar la condena reforzando la *humanitas* dentro del derecho.

En el presente artículo, se trata de su aplicación en dos casos concretos referentes al uso público y salubridad del agua, en donde la *aequitas* interviene respectivamente o por vía judicial, con la sentencia del *iudex* de la *actio iniuriarum* que debe condenar *ex bono et aequo* moderando su monto, o a través de la extensión a un nuevo caso por parte de la *iurisprudencia* de la *actio aquae pluviae arcendae* para posibilitar la limpieza del agua estancada en el fundo inferior que perjudica al fundo superior, admitiéndose en este caso también el ejercicio de la acción por razones de equidad, aunque no se trate de un *opus manu factum* sino derivado de la naturaleza.

Palabras clave: *aequitas*, aguas, iniuria.

I. Introducción

La palabra “*aequitas*”, proveniente de la raíz latina “*aequ*”, traduce la idea de igualdad, paridad, equilibrio, proporción. *Aequor* denota la nivelación del mar, de la llanura, de la balanza (*aequa libra*), del carácter (*aequo animo*, ecuánime), de las incógnitas (ecuación).¹

Apenas uno abre el Digesto, se encuentra ya en el primer fragmento del libro 1, título 1 que trata sobre la Justicia y el Derecho (*De Iustitia et Iure*) –extraído a su vez del libro 1 de las Instituciones del jurista severiano Ulpiano (S.III d.C.)–, con una primera aproximación a la idea romana de “*aequitas*”, la más relevante desde el punto de vista de las definiciones contenidas en el “*Corpus*”, ya que justamente allí Ulpiano define al “*ius*” por remisión a la clásica definición “elegante” de Celso: “*ars boni et aequi*”.² El *ius* es para los romanos un “*ars*”, y dentro del “*ars iuris*” se encuentra implicada la *aequitas*.

El propósito de reconducir el *ius* al arte, de convertirlo en arte, apuntaba a amalgamar todo el material jurídico disperso y disgregado, y organizarlo sistemáticamente con el objetivo del “*ius civile*” de mantener en los intereses y en las controversias de los ciudadanos una equidad (*aequabilitatis conservatio*), fundada sobre la ley y la tradición.³

El *ars iuris* se conecta con el método empleado por primera vez por el jurista romano republicano Quinto Mucio Scevola (s. I. a.C.), que, según Pomponio⁴, ordena sistemáticamente el derecho (*generatim ius constituere*) componiendo una obra de elaboración constitutiva del derecho con la aplicación combinada de los recursos oratorios y jurídicos, metodología que se refleja en el núcleo central de las posteriores obras institucionales (Gayo / Justiniano) destinadas a establecer los primeros elementos de toda la ciencia de las leyes (*totius legitimae scientiae prima elementa*).⁵

Al ensalzar Ulpiano la labor de los juristas con una calificación sacerdotal le asigna, entre otras, el conocimiento de lo bueno y lo equitativo, separando lo equitativo de lo inicuo.⁶

La equidad sirve asimismo para designar uno de los varios modos en los que se habla de *ius* para los romanos, por ejemplo cuando Paulo⁷ señala que se llama derecho lo que es siempre equitativo y bueno, como es el derecho natural (*quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale*).

La “*aequitatis benignitas*” o benignidad de la equidad, no permite una interpretación severa o más

<?> También la “*palida mors*” no hace distinciones y con pie parejo (“*aequo pulsat pede*” –Horacio) llama equitativamente a la puerta de todos, cfr. A. LAPIEZA ELLI, “*Aequitas*”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires 1982, págs. 111 y ss.; L.A. MAGGIO, “*La epieikeia aristotélica y la equidad romana*”, en *Prudentia Iuris* 35, UCA, págs. 129 y ss.

2 Ulp., 1 *Inst.*, D.1.1.1.

3 Cic., *De Orat.*, 1.42.188, 189; Aul. Gell., *Noct. Att.*, 1,22,7; Quint., *Inst. orat.* 12,3,9; Arist., *Eth. Nicom.*, 5, c. 6, 1131 a 9; a 15; a 20 ss.; c. 7, 1131 b. 9.

4 Pomp., *lib. sing. Ench.*, D.1.2.41.

5 I. *Proem.*, 4.

6 D. 1.1.1 cit.

7 Paul., 14 *ad Sab.*, D.1.1.11.

dura de aquello que se haya introducido saludablemente para la utilidad y ventaja de los hombres, flexibilizando de esta manera la interpretación y aplicación estricta del *ius*.⁸ Del mismo modo, y como freno a las innovaciones que pudieran producirse en el *ius* por medio de constituciones imperiales, Ulpiano sostiene que deba ser evidente en esos casos la utilidad para separarse de aquel derecho que por mucho tiempo pareció equitativo (*aequum*).⁹

No debe tampoco pasarse por alto, ya que es fundamental, la aplicación de la *aequitas* en el ámbito de influencia y actuación del pretor, allí donde, si lo consideraba justo o equitativo, podía amparar una determinada situación no contemplada en el derecho vigente, por medio de la concesión de una *actio in factum* a favor del actor o de una *exceptio* a favor del demandado; también en la misma expresión *dare facere oportet ex fide bona* o en la cláusula *ex bono et aequo* propia de la fórmula de los juicios de buena fe (*bonae fidei iudicia*), donde se evoca otra vez el auxilio de la *aequitas*, aunque aquí por el juez (*iudex*) o en sede judicial (*apud iudicem*).¹⁰

Finalmente, en el título 17 del libro 50 del Digesto dedicado a tratar *De diversis regulae iuris antiqui*, es decir, sobre las diversas reglas del derecho antiguo, la *aequitas* está presente en varios de sus fragmentos, especialmente bajo el símbolo de moderador de la aplicación estricta del derecho estricto cuando su rigidez podía conducir a injusticias de todo tipo (*summum ius, summa iniuria*). La función flexibilizadora del *ius* por parte de la equidad se corresponde lógicamente con la definición del *ius* como *ars boni et aequi*, en su incesante búsqueda de la “*iustitia*”. Es así como Juliano¹¹, quien recoge a la letra la opinión de Marcelo, sostiene que dejó de ser deudor el que alcanzó excepción justa, y que no se aparta de la equidad natural; Paulo, en el mismo sentido, afirma que siempre que la razón natural o una deuda de derecho se opongan a la equidad de la pretensión, el negocio se deberá atemperar a decretos justos¹², reafirmando¹³ que ciertamente en todos los casos, pero principalmente en los de derecho, se debe atender a la equidad. Marcelo¹⁴ considera que aunque nada se debe por lo general alterar en las solemnidades, se debe prestar auxilio, sin embargo, cuando así lo requiere

8 Mod., 8 Resp., D.1.3.25.

9 Ulp., 4 Fideicom., D.1.4.2.

10 Gai., 4.46; 4.116^a; l.4.13.3; 4.47; 4.61; 4.6.39.

11 Jul., 60 Dig., D. 50.17.66.

12 Paul., 6 Quaest., D.50.17.85.2. En cuanto a la diferencia entre equidad natural y civil, v. Ulp., 38 ad ed., D. 47.4.1.1, de donde surge que la *natura* es capaz de imponer normas de comportamiento que después el pretor aplicará en el proceso civil: *Haec autem actio, ut Labeo scripsit, naturalem potius in se quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio: sed natura aequum est non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est, quia neque ut servum se coerceri posse intellegit spe imminens libertatis, neque ut liberum damnari, quia hereditati furtum fecit, hoc est dominiae, dominus autem dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo, quamvis postea ad libertatem pervenerit vel alienatus sit, nisi si postea quoque contrectaverit. e re itaque esse praetor putavit calliditatem et protrevitatem horum, qui hereditates depopulantur, dupli actione coercere*. Mas esta acción, según escribió Labeón, contiene en sí una equidad más bien natural que civil; pero es equitativo por naturaleza, que no quede impune el que con esta esperanza se hizo más audaz, porque sabe que no puede ser castigado como esclavo por la esperanza de la inmediata libertad, ni condenado como libre, porque le hizo el hurto a la herencia, esto es, a su dueña. Mas el dueño o la dueña no pueden tener la acción de hurto contra su propio esclavo, aunque después haya llegado a la libertad, ó haya sido enajenado, sino si también después hubiere hurtado. Y así, el Pretor creyó que era conveniente castigar con la acción del duplo la malicia y la perversidad de los que despojan las herencias. V. sobre ello también M. BRETONNE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1999.

13 Paul., 15 Quaest., D.50.17.90.

14 Marc., 3 Dig., D.50.17.183.

una evidente equidad; mientras Javoleno¹⁵ da como establecido además que siempre que no se puede investigar cosa alguna sin quebranto, se debe elegir lo que tenga menos injusticia (*iniquitatis*); y, en fin para no extender las citas, Pomponio¹⁶ nos dice que es justo (*aequum est*) por derecho natural, que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro.

En definitiva, la *aequitas*, como módulo nivelador de los activos y pasivos en las relaciones jurídicas, hace a la esencia del *ius* en sus diversas acepciones y de la *iustitia* en la distribución de los bienes y las cargas de la vida comunitaria. Ella, sea como forma intrínsecamente constitutiva y legitimadora del derecho, sea como modeladora de sus falencias y excesos (en función integradora de lagunas, o correctiva, o de evaluación de la adjudicación del riesgo y el peligro), que son las dos fases en que aparece en las fuentes romanas, nutre y circula por todo el cauce de las fuentes romanas haciendo que el derecho en sustancia sea “equidad constituida” (*aequitas constituta*) al decir de Cicerón.

Veremos seguidamente dos ejemplos de la aplicación en concreto de la *aequitas* en materia de aguas en las fuentes jurídicas romanas.

II. Actio iniuriarum

El primero de los ejemplos se encuentra en sede de *actio iniuriarum*. La *actio iniuriarum*, o acción por injurias, fue creada por el pretor, teniendo en cuenta la pena fija insignificante que acarrea el cometer el delito de *iniuria* en la ley de las XII Tablas (25 ases), dejándose su determinación ahora al juez el cual habría condenado según cuanto fuese bueno y equitativo¹⁷, *in quantum ob eam rem aequum iudici videbitur*, cfr. Ulp., 57 *ad ed.*, D. 47.10.17.2:

*Servus meus opera vel querella tua flagellis caesus est a magistratu nostro. Mela putat dandam mihi iniuriarum adversus te, in quantum ob eam rem aequum iudici videbitur, et si servus decesserit, dominum eius agere posse Labeo ait, quia de damno, quod per iniuriam factum est, agatur. Et ita Trebatio placuit.*¹⁸

Esta acción está prevista, en lo que aquí nos interesa, para cada particular damnificado en caso de impedimento o prohibición en el uso público, y ciertamente, como afirma Ulpiano en el l. 68 de su comentario al edicto, el uso del mar y sus orillas porque es común a todos, así como el aire:

15 Jav., 7 *Epist.*, D.50.17.200.

16 Pomp., 9 *Var. lect.*, D.50.17.206.

17 Cfr. Aul. Gell., *Noct. Att.*, 20.1.12.

18 ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LVII*. Un esclavo mío fue azotado por obra ó querella tuya por nuestro magistrado; opina Mela, que se me ha de dar contra ti la acción de injurias por cuanto al juez le parece equitativo por esta causa; y si el esclavo hubiere fallecido, dice Labeón, que puede su dueño ejercitar la acción, porque se ejercita por el daño que se hizo por injuria, y también así le pareció bien á Trebacio.

Ulp., 68 *ad ed.*, D.43.8.2.9

*Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus iniuriarum actione utendum est.*¹⁹

Asimismo, Ulp. 57 *ad ed.*, D. 47.10.13.7, opinión que comparten Pomponio y la mayoría²⁰, si se impidiera el uso de los baños públicos para lavarse, o pasear o estar en un lugar público:

*Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graece dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiat, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur. Si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? me iniuriarum iudicio teneri an non? et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi: sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest. usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure, ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari: quare si quis prohibeatur, adhuc iniuriarum agi potest. in lacu tamen, qui mei dominii est, utique piscari aliquem prohibere possum.*²¹

Era una acción penal cfr. Gayo 4.112 y 4.182, cuya condena aportaba la infamia del condenado, y estimatoria cfr. Gayo 3.224, es decir que el pretor permitía que el ofendido estimara el monto de la *iniuria*, y el juez, probada la misma, podía condenar *ex bono et aequo* por el monto pedido o por uno menor:

19 ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LXVIII*. Si a alguno se le prohibiera pescar en el mar o navegar, no tendrá el interdicto, como tampoco aquel a quien se le impide jugar en un campo público, o lavarse en un baño público, o ser espectador en un teatro; sino que en todos estos casos se ha de ejercitar la acción de injurias.

20 S. CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid 1996; pág. 70 nt. (123), es decir, que no se trata de una opinión aislada de Ulpiano, como él mismo dice.

21 ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro LVII*. Si alguno me prohibiera pescar en el mar, o llevar la red que en griego se llama buitron, ¿Podré acaso demandarlo con la acción de injurias? Hay quienes opinan que puedo ejercitar la acción de injurias; y así opina Pomponio; y los más, que a éste es semejante el que no consintiera que uno lave en lugar público, o que se siente en las gradas del anfiteatro, o que en algún otro lugar conduzca carro, se siente, o converse, o si alguien no permitiera que yo use de una cosa mía; porque también éste puede ser demandado con la acción de injurias. Mas al arrendatario le dieron los antiguos interdicto, si acaso tomó públicamente el arrendamiento, porque se debe prohibir que se le haga violencia para que no disfrute de su arrendamiento. Pero si yo le prohibiera a alguno que pesque delante de mi casa, o delante de mi palacio de campo. ¿Qué se ha de decir, que estoy, o no, sujeto a la acción de injurias? Y ciertamente que el mar es común de todos, y también sus orillas, como el aire, y muchísimas veces se resolvió por rescripto, que no se le podía prohibir a uno que pesque; pero tampoco se le puede prohibir que caze, sino que entre en fundo ajeno. Fue, sin embargo, también de uso, aunque no fundado en ningún derecho, que a cualquiera se le pudiera prohibir que pescara delante de mi casa, o de mi palacio de campo; por lo que si a alguno se le prohibiera, aun se puede ejercitar la acción de injuria. Pero a la verdad, en lago, que es de mi dominio, puedo prohibirle a alguien que pesque.

G.4.112

*Non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competent aut a praetore dantur, etiam in heredem aequae competunt aut dari solent: est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. Sed heredibus actoris huiusmodi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio.*²²

G.4.182

*Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi. Sed furti aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, Sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est; et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit. Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus esset, sed is qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremve habere, item procuratorio aut cognitorio nomine iudicio intervenire, ignominiosus esse dicitur (?).*²³

G.3.224

*Sed nunc alio iure utimur: permittitur enim nobis a praetor ipsis iniuriam aestimare, et iudex vel tanti condemnat, quanti nos aestimaverimus, vel minoris, prout illi visum fuerit; sed cum atrocem iniuriam praetor aestimare solet, si simul constituerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam, et iudex, qui posit vel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctoritatem non audit minuere condemnationem.*²⁴

22 No todas las acciones que le competen a favor o en contra de alguien, ya sean "ipso iure" o concedidas por el pretor, competen equitativamente al heredero o suelen ser dadas contra él. En efecto, hay una regla muy precisa de derecho (*certissima iuris regula*) según la cual las acciones penales nacidas de los delitos no competen ni suelen ser dadas contra el heredero, como por ejemplo en la "actio furti", la "actio vi bonorum raptorum", la "actio iniuriarum", la "actio damni iniuriae". Pero al heredero del mismo –es decir, del actor- estas acciones le competen y no les son denegadas, excepto la "actio iniuriarum" y alguna otra similar que se encuentre.

23 En algunas acciones, como por ejemplo en la "actio furti", la "actio vi bonorum raptorum", la "actio iniuriarum", lo mismo que en la "actio pro socio", la "actio fiduciae", la "actio tutelae", la "actio mandati" y la "actio depositi", aquellos que resulten condenados son tachados de infames (notantur ignominia). Pero en los casos de la "actio furti", de la "actio vi bonorum raptorum" y de la "actio iniuriarum", no sólo resulta infame el que es condenado, sino también aquél que hiciera un pacto para transar el juicio, tal como está escrito en el edicto del pretor, y esto es recto, ya que existe una gran diferencia cuando alguien es deudor en virtud de un delito que cuando lo es en virtud de un contrato. Sin embargo, en ninguna parte del edicto se especifica nominativamente cuándo alguien es infame, pero aquél a quien se prohíba postular por otro, dar un "cognitor" o tener un "procurador", lo mismo que intervenir en un juicio como "procurator" o como "cognitor", es reputado ser infame.

24 Pero nosotros usamos ahora otro sistema: nos está permitido por el pretor que estimemos la "iniuria", y el "iudex", según su propio criterio, condena hasta el monto que hemos estimado o por uno menor. Pero como cuando se trata de una "iniuria" grave (atrox) el pretor suele estimar al mismo tiempo el monto en la fórmula, el "iudex", no obstante que puede condenar por menos, a causa del respeto a la autoridad del pretor, no se atreve a disminuir dicho monto.

De allí que la *actio iniuriarum* es calificada por la doctrina como una acción penal que tiene por objeto la tutela de la personalidad individual, consiguiendo una reparación pecuniaria para los actos lesivos a la integridad física y también moral, siendo concedida al particular que se le impida el uso normal de una cosa pública, en cuanto el impedimento es considerado acto lesivo contra su personalidad. La jurisprudencia, por ende, buscó y facilitó el uso de esta acción, extendiendo el concepto de *iniuria* a todos los casos para los que no existiera un medio de tutela. Esto explica su aplicación a la hipótesis de turbación o impedimento del particular en el disfrute de la cosa destinada al uso público o común, además de jugar un importante rol en el pasaje de la justicia por mano propia a la pena de acuerdo con el *iustum et aequum* reforzando la *humanitas* dentro del derecho.²⁵

III. Actio aquae pluviae arcendae

El segundo ejemplo en donde vemos aplicada la *aequitas* por los juristas romanos, lo encontramos en la acción para contener el agua llovediza o *actio aquae pluviae arcendae*. Cfr. Paul., 49 *ad ed.*, D. 39.3.2.6, quien refiere en primer lugar la opinión de Namusa (jurista del período tardo-republicano), si el agua corriente obstruyere su cauce con estiércol, y por el estancamiento perjudicase al campo superior, se puede ejercitar acción contra el dueño del inferior para que deje que se limpie; porque esta acción es útil no solamente respecto a las obras hechas a mano, sino también a todas aquellas que no dependan de la voluntad. Seguidamente, refiere asimismo la opinión de Labeón (jurista augusteo) que difiere de la de Namusa, al sostener que la misma naturaleza de un campo puede cambiar por sí misma, por un terremoto o tempestad, y que por ello, debe soportarse *aequo animo* ya si se hubiera hecho mejor o peor su condición o hubiere cambiado el estado del suelo, pero si bien por estos casos nadie podía ser obligado a dejar que se restableciera la primitiva condición del lugar; ellos (Namusa-Paulo) admiten también aquí la equidad (*aequitatem admisimus*):

*Apud Namusam relatatum est, si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit et ex restagnatione superiori agro noceat, posse cum inferiore agi, ut sinat purgari: hanc enim actionem non tantum de operibus esse utilem manu factis, verum etiam in omnibus, quae non secundum voluntatem sint. Labeo contra Namusam probat: ait enim naturam agri ipsam a se mutari posse et ideo, cum per se natura agri fuerit mutata, aequo animo unumquemque ferre debere, sive melior sive deterior eius condicio facta sit. Id circo et si terrae motu aut tempestatis magnitudine soli causa mutata sit, neminem cogi posse, ut sinat in pristinam locum condicionem redigi. Sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus.*²⁶

25 CASTAN PEREZ-GOMEZ, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano* cit., págs. 69-70. Para J. PLESCIA, "The development of «iniuria»", en LABEO. *Rassegna di diritto romano* 23 (1977), págs. 288-289, un crucial factor en el desarrollo de la jurisprudencia romana y del derecho romano, fue la aparición del delito de *iniuria*, eventualmente construido como acto antijurídico, voluntario, y como manifestación de una *voluntas* libre. Ulpiano, en D. 9.1.1.3, comentando la *actio de pauperie* (que contenía una responsabilidad objetiva y no subjetiva), claramente insiste en que en determinados casos no existe *iniuria*, porque no hay *voluntas* que es el prerequisite del delito. Por otra parte, *occidentio*, *membra ruptio* y *ossis fractio* giraron de la órbita del *fas* a la del *ius* precisamente con la *iniuria*, y como el *ius* fue reemplazando al *fas*, también la *iniuria* gradualmente comenzó a cubrir todas las acciones dañosas contra la persona y, consecuentemente, a secularizar *occidentio* y *malum carmen*, *membra ruptum* y *os fractum*, además de jugar un importante rol también en el pasaje de la responsabilidad objetiva a la subjetiva.

26 PAULO; *Comentarios al Edicto, libro XLIX*. Se dice por Namusa, que si el agua corriente obstruyere su cauce con es-

En este caso, la equidad se usa como justificación para dar razón a las dos opiniones opuestas, la de Labeón por un lado, quien opina que debe soportarse *aequo animo* si la misma naturaleza de un campo cambia por sí misma, por un terremoto o tempestad, sea que haya mejorado o empeorado su condición o hubiere cambiado el estado del suelo, y por el otro la de Namusa seguida por Paulo, quienes, en base a la equidad, justifican el ejercicio y la extensión de la *actio aquae pluviae arcendae* contra el dueño del campo inferior en caso de que el agua corriente obstruyera su cauce con estiércol y se estancara, con el fin de que permita que se limpie, es decir, más allá que se trate de una obra hecha a mano o que dependa o no de la voluntad.

La contraposición entre *aequitas-ius*, señalaría, además, la introducción de un criterio de valoración elástico y a-jurídico, que sería extraño, según algunos autores, a las nítidas y precisas concepciones de los juristas romanos, por ello y por otros indicios de carácter formal, la consideran justiniana, no sin críticas al respecto. Sin perjuicio de ello, la solución que el caso evidencia equivale a quitar valor a cualquier precisa y rígida construcción dogmática que parta, para admitir o negar la acción, de determinados presupuestos, y dejar libre juego a la valoración de un criterio elástico como puede ser el representado por la equidad.²⁷

IV. Conclusión

En conclusión, de los dos ejemplos citados, que constituyen sólo algunos de los tantos que se encuentran en las fuentes romanas, se ve claramente cómo la *aequitas* puede intervenir por vía judicial, a través de la fijación equitativa por el *iudex* del monto de la condena en caso de *iniuria*, o por la interpretación de la *iusprudentia*, a través de la extensión de la *actio aquae pluviae arcendae* a un caso distinto, aunque no se trate de un *opus manu factum* sino derivado de la naturaleza.

Es claro además, que la equidad es un principio básico de nuestro derecho aplicable en sede judicial –que compartimos incluso con el sistema del *common law*–, y que tiene su origen en el derecho romano, si bien allí en un ámbito de tutela mucho más amplio, como se sostuvo al inicio y como pudo verse en los ejemplos examinados. Al respecto es ilustrativo el Art. 16 de nuestro Código Civil Argentino que establece: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por

tiércol, y por virtud del estancamiento perjudicase al campo superior, se puede ejercitar acción contra el dueño del inferior para que deje que se limpie; porque esta acción es útil no solamente respecto a las obras hechas a mano, sino también en cuanto a todas, que no dependen de la voluntad. Labeon argumenta contra Namusa; porque dice, que la misma naturaleza de un campo puede cambiarse por sí misma, y que por esto, cuando la naturaleza del campo se hubiere cambiado por sí misma, cada cual debe soportarlo con ánimo tranquilo, ya que si se hubiera hecho mejor, ya si peor, su condición, y por lo tanto, que aunque por terremoto, por violencia de tempestad se hubiere cambiado el estado del suelo, nadie podía ser obligado a dejar que se restableciera la primitiva condición del lugar; pero nosotros admitimos también en este caso la equidad. Cfr. A. GUARINO *L'esegesi delle fonti del diritto romano* I, Napoli 1982, pág. 141, de Namusa, Pomponio (*en chir.* 44) cita diez discípulos de Servio Sulpicio Rufo y agrega que las obras de éste fueron recogidas por Aufidius Namusa en 140 (o 40: Mommsen del. “centum”) libros; y G. LONG, Namusa, Aufidius, en *William Smith. Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology*, 1867, fue un jurista romano y escritor, pupilo de Servio. Su trabajo es citado por Ulpiano, Javoleno y Paulo.

27 M. SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae*, Milano 1940, págs. 63-64, 66.

el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”; así como el Art. 1198 *in fine* en materia de excesiva –imprevisible y/ o irresistible- onerosidad sobreviniente de un contrato: “...La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar **equitativamente** los efectos del contrato.”

El principio de la *aequitas*, en fin, en su función de criterio de valoración elástico y flexible de frente a la aplicación estricta del *ius*, que, en algunos casos concretos, conduciría a un resultado injusto, evita precisamente que se cumpla la máxima, bien presente en la conciencia romana de *summum ius, summa iniuria*, abandonando toda construcción dogmática rígida que aleje al derecho de la resolución más justa de los problemas jurídicos, además de buscar la moderación y el equilibrio de la posición de las partes involucradas en una disputa judicial, reforzando la *humanitas* dentro del derecho.

CONTRATOS: DE LAS DIFERENTES ACEPCIONES DEL TÉRMINO A LA CONSENSUALIDAD COMO PRINCIPIO GENERAL

Por Mirta Beatriz Álvarez

Mirta Beatriz Álvarez era Profesora titular de Derecho Romano en las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de Flores. Directora de la Carrera de Abogacía de la Universidad de Flores. Investigadora categorizada UBA. Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano. Domicilio: Avda. Pte. Roque Sáenz Peña 1119- 3º- Of. 312- Capital Federal TE.: 4381-1644 Email: mirta.alvarez@uflo.edu.ar

Resumen

En el presente trabajo, se analizará el origen del término contrato, que nace en Roma, el concepto de contrato según los juristas clásicos y la evolución histórica del instituto hasta la aparición de los contratos consensuales.

También se hará referencia a las diferentes acepciones y contenido del término griego “synallagma” en Labeón y Aristón.

Pasaremos luego a analizar la diferencia entre la compraventa y la permuta y cómo han sido receptados los dos contratos en la legislación comparada.

Finalmente nos detendremos en la cuestión actual del avance del principio del consensualismo por sobre el realismo en los contratos modernos, posición que también ha tomado el Proyecto de Código Civil y Código de Comercio de 2012, actualmente en debate en el Congreso de la Nación Argentina.

Palabras claves: Contratos, Consensualismo, Realismo

I.- Antecedentes del vocablo “*contractus*”

La historia de lo que propiamente llamamos “contrato” resulta curiosa en la historia jurídica de Roma. El sustantivo *contractus* es un vocablo que no aparece en su forma nominativa, ni en la época monárquica ni en el período republicano.

Sin perjuicio de que la noción contractual ya estaba presente en algún autor anterior como Labeón, el que creó el sustantivo *contractus* y lo popularizó, fue Gayo en su obra “*Institutas*”.

Gayo, más que un jurista, fue un profesor que vivió en la época de los emperadores Antoninos y su método pedagógico tiene una importancia especial, para quienes desarrollamos la actividad docente. Su método consistió en dividir todo el *ius* en forma tripartita, tratando en el libro I de las *Institutas*, lo relativo a las personas, en los libros II y III, lo relativo a las cosas y en el libro IV, lo relativo a las acciones.

El paso fundamental para arribar al sustantivo *contractus* lo realiza Gayo en *Institutas* 3,88. En ese pasaje pasa a tratar las obligaciones y dice “*omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*”²⁸.

Gayo intenta explicar el cuadro de los negocios jurídicos privados y para ello, comienza por explicar de dónde surgen. Con respecto a las obligaciones que nacen de actos contra el *ius*, y que son impuestas, señala sin dificultad, que proceden de los delitos. Pero respecto de las obligaciones que surgen de manera voluntaria por medio de negocios admitidos por el *ius*, necesitaba un vocablo en nominativo para contraponerlo con el de *delictum*.

Haciendo una aplicación especial del verbo “*contrahere*”, aplica el sustantivo *contractus*. Así, Gayo ofrecía a sus alumnos la facilidad de dos fuentes de obligaciones: los “**delitos**” por un lado y todos los negocios que se contraen lícita y voluntariamente como los “**contratos**”²⁹, por la otra³⁰.

En el párrafo inmediatamente siguiente³¹, en cambio, deja de usar el nominativo “*contractus*” y vuelve a referirse a las obligaciones, indicando: “Hay cuatro géneros de ellas (de las obligaciones contraídas), ya que la obligación es contraída por la cosa (*re*), por palabras (*verbis*), por escritos (*litteris*) o por el consentimiento (*consensu*)”.

Gayo, al establecer el término *contractus* para tratar todos los negocios establecidos entre dos personas, dará pie a un uso posterior del término que se irá generalizando, sobretodo por los bizantinos. Así, el **contrato** será la denominación genérica para designar a las convenciones bilaterales establecidas

28 “Toda obligación nace de un contrato o de un delito”, Gayo, *Institutas*, texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987.

29 DI PIETRO, A., *El Régimen de los Contratos en el Derecho Romano y sus consecuencias para lograr una unificación legislativa de los negocios*, conferencia dictada en el XI Congreso Latinoamericano de derecho Romano, organizado por la Universidad de Morón, del 14 al 17 de Setiembre de 1998.

30 DI PIETRO, (op. citada) se inclina por traducirlo por **contraimientos**, siguiendo al Profesor Alejandro Guzmán Brito.

31 Gayo, *Institutas*, 3,89.

por las partes^{32 33}.

La interpretación de Gayo no es la única en las fuentes romanas. Conviene recordar una cita de Labeón, referida por Ulpiano en D. 50,16,19, en el que dice que algunos asuntos se “hacen” (se realizan por un *actum*, como la *stipulatio*), otros se “gestionan” (sin haberse convenido previamente, como la *negotiorum gestio*) y otros se “contraen” y ello ocurre cuando la obligación se contrae en forma recíproca de uno respecto del otro (*ultra citroque obligationem*), como ocurre en la compraventa, en la locación, en la sociedad (habría que agregar en esta enumeración, al mandato).

Labeón, a diferencia de Gayo, suministra un concepto restringido de *contractus*. Para Labeón, el vocablo hace mención solamente a aquellos negocios en los cuales existen obligaciones recíprocas de una y otra parte (que los griegos llaman “*synallagma*”, esto es, negocios recíprocos). Son los actos bilaterales fundados en la buena fe, de los que surgen efectos obligatorios entre ambas partes en forma recíproca -bilateralidad objetiva- y que en consecuencia, sólo pueden ser realizados a través del acuerdo de las mismas partes -bilateralidad subjetiva y acuerdo necesario-. Como sostiene Di Pietro³⁴, Labeón tiene dirigida, en principio su vista, a los llamados contratos consensuales, pues en ellos las partes se obligan recíprocamente, la una respecto de la otra, a cumplir aquello que han convenido por medio del *consensus*, de acuerdo con un principio de equidad. (*alterum alteri ex bono et a quo praestare oportet*). Pero a diferencia de Gayo, Labeón no se queda meramente con la circunstancia modal de cómo nacen las obligaciones (posición subjetivista o consensualista del contrato), sino que se adentra en la concepción objetivista, ya que se interesa en la bilateralidad o reciprocidad funcional.

Aristón elabora otro concepto de “*synallagma*”, concentrándolo, no en las obligaciones recíprocas de las partes, sino en la función re-equilibrante de las prestaciones. Sostiene que las convenciones innominadas prevén prestaciones a cargo de ambas partes, la exigencia re-equilibrante hace que, si una de las prestaciones ya ha sido cumplida, esa misma constituye la causa que torna vinculante la ejecución de la otra, que había sido convenida como su equivalente (D. 2, 4, 14, 7, 2). Aristón no innovó con respecto a Labeón sino que lo que hizo Aristón, fue contractualizar negocios que hasta ese momento no tenían carácter de contratos en el sentido de Labeón.³⁵

Ulpiano sostiene una posición “consensualista” más avanzada que Gayo. En el título XIV del Libro 2 del Digesto afirma que la *conventio* consiste en el consenso por medio del cual dos partes llegar a

32 GUZMAN BRITO, A., *Causa del Contrato y causa de la obligación*, Revista de Estudios histórico- jurídicos Nº 23, Valparaíso 2001, : “... si bien Gayo jamás llegó a exteriorizar expresamente ni a definir así la noción que, no obstante, era la que indiscutiblemente manejaba de manera tácita_, aunque no baste la pura convención para ello, en cuanto a veces se exige la *datio* o la mera entrega para las obligaciones *re*, una *conceptio verborum* para las obligaciones *verbis* o la suscripción de un texto para las *litteris*, de modo que solo en las obligaciones *consensu* la nuda convención se confunde entera y congruentemente con el contrato”.

33 RINALDI, N. LABEON, GAYO, JUSTINIANO, SAVIGNY, VELEZ Y...¿OTRA VEZ LABEON?, Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito, Alessandria, Italia, Dell’Orso, 2011: “...podemos pensar que, en realidad, Gayo define los contratos -a “contrario sensu”- como “todas las formas en que puede obligarse una persona mediante su consentimiento”, como elegantemente se infiere de Pedro”.

34 DI PIETRO, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano*, Buenos Aires, Abaco, 2004, págs. 239 ss.

35 GUZMAN BRITO, *Causa del contrato...cit.*

un acuerdo para contraer un negocio, o para excluir una *actio* por medio de una excepción (tal como ocurre en la transacción). Ulpiano citando a Pedio expresa: “Todo contrato contiene en sí mismo una *conventio*” (D. 2. 14. 3).³⁶

La extrema habilidad de los bizantinos, consistió en trabajar con la idea más genérica de *conventio*³⁷, dándole una prevalencia efectiva al *consensus*, es decir al aspecto subjetivo del negocio, por encima de la naturaleza objetiva de las prestaciones obligacionales. La vigencia obligatoria de la *conventio* solamente se encuentra justificada en la categoría de los contratos consensuales.

Los bizantinos tendieron siempre a acentuar el elemento común del *consensus*, lo cual alcanza su punto culmine con Teófilo, quien en su Paráfrasis (3. 13. 2), define al contrato como *conventio* y *consensus* dirigido a la constitución de obligaciones.

La definición de contrato que nos da Savigny en su “Sistema de Derecho Romano Actual” (III, 140) es más amplia que la de los juristas romanos, ya que abarca el concepto general de convención³⁸, y es la que empleará nuestro codificador Vélez Sársfield para definir el contrato en el Código Civil argentino. En el Art. 1137 C.C. el vocablo “contrato” es maximizado hasta equipararse con el término “convención”³⁹.

El Proyecto de García Goyena⁴⁰ en su artículo 973 define al contrato de la siguiente manera: “*Contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obliga, respecto de otra o más, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*”. Consecuente con esta definición de contrato, García Goyena define a la compraventa en el artículo 1367⁴¹ y a la permuta en el artículo 1469⁴², ambos como contratos consensuales.

36 DI PIETRO, *Los negocios...*, cit. 282: “...podríamos hablar de una verdadera sistematización de la *conventio*, dirigida a vincularla con los contratos”.

37 *conventio*: de *con-venire*, esto es, dos personas que acuerdan venir y encontrarse en un lugar.

38 “Contrato es el acuerdo de varias personas sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones de derecho”.

39 RINALDI, N., Labeón..., cit.: “A los estudiosos del Derecho Romano nos resulta particularmente importante la última parte de la nota de Vélez, en la que el codificador argentino utiliza una técnica que repite en numerosas ocasiones en su obra, consistente en poner en su propia boca lo que le llega directamente del Derecho Romano, en este caso del Digesto. Primero afirma, -como si fuera de su autoría- que “La palabra convención es un término genérico que se aplica a toda especie de negocio o de cláusula que las partes tengan en mira,” y luego agrega en lengua latina “*verbum conventionis, ad omnia de quibus negotii contrahendi, transigendique causa consentium qui inter ser agunt*”. Ubica Vélez puntillosamente el paso en una de las varias formas en que lo hace en su obra como L (antes se refiere a la “Ley Romana”) 1.3, Dig. De pactis; lo que en versión moderna encontramos que corresponde a Ulpiano en D. 2,14,1,3. Si bien la cita en latín se refiere sólo a la primera parte del fragmento, resulta particularmente importante tener en cuenta el contenido total del mismo, aunque Vélez no lo menciona específicamente, porque es evidente que lo conocía y adoptaba como fuente del texto legal”.

40 GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid 1852, Tomo III, 3.

41 Artículo 1367: “El contrato de compra y venta es aquel, en que uno de los contrayentes se obliga a entregar una cosa, y el otro a pagar por ella un precio cierto y en dinero”.

42 Artículo 1469: “La permuta es un contrato por el cual los contrayentes se obligan a dar una cosa por otra.”

II.- Los contratos consensuales. Características generales.

Consensus origen del término *consenso*... "con-sentire" cuando dos personas por diversos movimientos del ánimo, se encaminan hacia un mismo parecer, según Di Pietro y según D'Ors⁴³. Para este último autor, los contratos consensuales son concebidos como uno de los cuatro grandes logros del Derecho Romano, junto con el testamento, la justa causa y la distinción entre posesión y propiedad.

Siguiendo el criterio restringido de Labeón, los contratos consensuales serían aquellos negocios que propiamente pueden ser nombrados como contratos. Lo propio de estos contratos consensuales es la "reciprocidad" de las obligaciones: una de las partes queda obligada respecto de otra en virtud de la prestación que debe realizar⁴⁴. Por eso se habla de que las obligaciones "son de uno respecto del otro" (*ultra citroque obligatio; alter alteri obligatur*). Son considerados sinalagmáticos (del griego, *synallagma*: contrato recíproco)⁴⁵.

Por el contrario, de acuerdo con el concepto amplio que deriva de la posición gayana, la doctrina romanista define a los contratos consensuales como aquellos que se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes.

Como manifiesta Caramés Ferro⁴⁶, los contratos consensuales no existieron ni en la época primitiva, en que no había otros contratos que los formales, ni en el tiempo de las acciones de la ley, en que no se conocían aún los contratos de buena fe. Sin embargo, parecen haber sido reconocidos bastante pronto, ya que su existencia está, como la de la *fiducia*, atestiguada, no solamente para el tiempo de Cicerón, sino aún para el de Q. Mucius Scaevola.

Los juristas los atribuyen al *ius gentium*, del cual representan, según Arangio- Ruiz, el producto más característico, ya que proceden de las convenciones concluidas en los mercados internacionales entre comerciantes romanos y extranjeros. Y encuentran por primera vez en Roma tutela jurídica en la jurisdicción del pretor peregrino, para ser luego recibidos por el derecho civil, haciéndose practicables también entre ciudadanos romanos⁴⁷.

El Derecho Romano consideraba como contratos consensuales a la venta, la locación, la sociedad y el mandato. Todos ellos, excepción hecha del mandato, que era sinalagmático imperfecto, eran sinalagmáticos perfectos, de buena fe, desde que de ellos derivaban acciones en las que el juez debía investigar todo lo que fuera debido según la equidad, y no formales, en cuanto no requerían para su perfeccionamiento solemnidad especial alguna.

43 D'ORS, A, *Cuatro logros del genio jurídico romano*, La Ley T° 1984 B, págs. 597 s, Buenos Aires, 1984: "En esta misma sustitución de la forma por la causa está el trascendental invento del contrato consensual, algo que era absolutamente extraño para la mentalidad jurídica de la antigüedad, y algo que también se suele perder en los momentos de vulgarismo. Una clara invención de la jurisprudencia romana del siglo I a.C."

44 GAYO, *Institutas*, 3, 137; D. 44, 7, 2, 3, Justiniano, Inst. 3,22.-

45 Labeón, citado por Ulpiano en D. 50, 16, 19.-

46 CARAMÉS FERRO, J. M. *Curso de Derecho Romano*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1976, y señala, "Gayo (Inst. 3,136) destaca con energía su diferencia con los formales y en las Institutas de Justiniano se los opone también a los reales".

47 ARANGIO-RUIZ, V., *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1986.

Como consecuencia de este último carácter, podían concluirse también entre ausentes, y el consentimiento podía ser manifestado de viva voz o por carta, personalmente o *per nuntium*.

Dentro de los contratos consensuales romanos podemos distinguir dos grupos: los de **cambio**, como la compraventa y la locación y los de **cooperación**, como la sociedad y el mandato.⁴⁸

Para la unificación del Derecho Privado el Dr. Di Pietro propone volver a la noción de contrato romano que **está dirigido a aquellos negocios que generan obligaciones**⁴⁹.

Dentro del concepto de “negocios” se encuentran los contratos reales (que son préstamos) y los documentos comerciales, como el pagaré y el cheque (que son promesas de pago).

III.- Nacimiento del contrato consensual

El contrato consensual es de origen romano. Arangio Ruiz sitúa su aparición en el 241 a.C., con la creación de la pretura peregrina. También Talamanca lo sitúa en el siglo III a.C., en la jurisdicción del pretor peregrino y como consecuencia del tráfico internacional. Torrent ubica la aparición de los contratos consensuales en la época clásica. D’Ors atribuye su creación a la jurisprudencia romana del s. I. A.C.⁵⁰

En la comedia *Curculio* de Plauto, encontramos la explicación de su origen en dos estipulaciones⁵¹. D’Ors afirma que a partir del siglo I a. C. a esas dos estipulaciones se les reconoce interdependencia causal.

Federico Fernández de Buján sostiene que, en los contratos consensuales, se distinguen los momentos de perfeccionamiento y de cumplimiento del contrato.

a) El nacimiento de la compraventa como contrato consensual⁵²

48 Conf. TORRENT, A., *Manuel de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1995.

49 En el mismo sentido, RINALDI en LABEON..., cit., sostiene: “No parece descabellado proponer que comience a estudiarse una reforma del sistema contractual del Código Velezano que importe una adecuación moderna de la doctrina Labeoniana, aún tomándola en la forma en que nos llega de las fuentes a nuestra disposición”.

50 D’ORS, op. cit. pág.597.

51 ALVAREZ. M., *El nacimiento de la compraventa romana como contrato consensual. Aportes de las fuentes extrajurídicas al respecto*, Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito, Alessandria, Italia, Dell’Orso, 2011, págs. 87 ss.

52 CANNATA, C., *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, en VACCA, L., *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, Giappichelli, 1997, pág. 74: “Una cosa è certa: le fonti romane non conoscono che due strutture per la compravendita. La prima è quella, assai antica, della vendita a contanti (Barkauf). Quando si riferiva allo scambio di *res Mancipi* contro denaro, questa struttura assumeva la forma della *mancipatio*, che è menzionata nelle XII Tavole. Quanto alla vendita di *res nec Mancipi*, i *cives* disponevano certamente, alla stessa epoca, di una vendita a contanti informale, consistente nello scambio contestuale di cosa e prezzo: ne fornisce la prova la *convinzione*, permanente presso la giurisprudenza romana, dell’origine della compravendita dalla permuta (*per-*

Primeramente concebida en Roma con origen real y luego como contrato consensual (como ya vimos, se debate sobre la fecha de aparición de los contratos consensuales en Roma).

El tiempo de la plena admisión del contrato consensual en los reportes internos entre romanos, no puede colocarse antes del transcurso del siglo III o principios del siglo II a.C.^{53 54}.

La influencia del comercio internacional, produjo el cambio de frente, que transportó la compraventa del ambiente de los derechos reales y de la correspondiente transferencia de la propiedad, a aquél de las obligaciones.⁵⁵

IV.- Diferencia entre la compraventa y la permuta

a) Texto D.18.1.1.PR.

Paulus libro trigésimo tertio ad edictum

*Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.*⁵⁶

mutatio) essendosi quella differenziata da questa quando il denaro sostitui una delle cose scambiate (Paulo, S.18.1.1.pr.) , id., 75: "...se osserviamo i fenomeni in una prospettiva di storia delle strutture giuridiche, dobbiamo concludere che la vendita consensuale è stata preceduta unicamente dalla vendita a contanti (*Barkauf*). E lo possiamo sostenere non solo fondandoci sul fatto che la (più antica) vendita a contanti e la (più recente) vendita consensuale sono le sole forme note della vendita romana perchè si deve ancora notare, come così precisamente ha sottolineato il Kaser, che l'idea del *Barkauf* sopravvive ancora, tenace e chiara, nella struttura della compravendita consensuale classica.

53 ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1956., pág. 82 conjetura que la aparición del contrato consensual podría situarse al tiempo de la creación de la pretura peregrina (241 a.C.).

54 FERNANDEZ DE BUJAN, A., *El precio como elemento comercial en la compraventa romana*, Madrid, Reus, 1993, pág. 35: "Parece pues, que a partir de las XII Tablas, por una parte, la compraventa consensual se desliga de la idea de la venta real al contado precedente del trueque o permuta, y, por otra parte, la moneda como medio de pago que significaba un valor hace surgir la verdadera idea de precio".

55 ARANGIO RUIZ, *La compravendita...*,cit., pág. 46.

56 T. MOMMSEN- P. KRUEGER, *Corpus Iuris Civilis*. Existen variantes entre ediciones antiguas y modernas. La edición de García del Corral publica: PAULUS, libro XXXIII (4), ad Edictum.- Origo emendi vendendique a permutationibus coepit; olim enim non ita erat numus (sic), neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, quum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret; eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate, nec ultra merx

b) Traducción propia⁵⁷

El origen de la compra y de la venta comenzó a partir del trueque (o permuta). Así, en efecto, en otro tiempo, no había moneda y no se distinguía la mercancía del precio, sino que cada uno, de acuerdo con la necesidad de los tiempos y de las cosas, cambiaba las útiles por las inútiles, pues a menudo sucede que lo que a uno le sobra a otro le falta. Pero porque no siempre ni fácilmente coincidía que, al tener tú aquello que yo deseaba, a su vez yo tuviera lo que tú querías recibir, se eligió una materia para que su pública y perpetua estimación, superara las dificultades de los trueques, con la igualdad de cantidad.

Y aquella materia acuñada de forma pública, ofrece un uso y dominio, no tanto de la sustancia como de la cantidad y no se llama más mercancía a una y a otra, sino precio, a una de los dos (a ésta última).

c) El problema afrontado

Conforme lo señala Arangio Ruiz, el problema que plantea Paulo en este fragmento –el origen de la compraventa– no es jurídico, sino de índole sociológico y económico⁵⁸.

Nada mejor que dejarnos llevar por la sorprendente narración histórico-sociológica, que se contiene en este fragmento con el que el Digesto inicia el régimen jurídico de la compraventa⁵⁹.

Sin embargo, como veremos, existe un fundamento jurídico para su inclusión al comienzo del Libro XVIII dedicado a la compraventa.

d) La solución sostenida

En los primeros tiempos de cualquier comunidad política, en los que comienza un incipiente y escaso tráfico comercial, fácilmente puede entenderse la falta de una mercancía que pudiera desempeñar el papel que más tarde asumiría el dinero. En este sentido, el primitivo tráfico de bienes se realizaría a través del simple trueque o intercambio simultáneo de cosas. Cada una de las partes intervinientes, trataría de conseguir las cosas que no producía, entregando a cambio el exceso de las que producía⁶⁰.

utrumque, sed alterum pretium vocatur.(L. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, (Digesto), Barcelona, 1889, reimpresso en Valladolid, 1988, p. 888)

57 ARANGIO RUIZ, V., *La compravendita...*, cit., págs. 4-5: “La critica interpolazionistica s’è adombrata per qualche espressione del testo, ma senza toccarne i punti essenziali e senza riuscir convincente neppure per quel poco. Direi anch’io che l’espressione *non ita erat nummus* rimane sospesa se a quell’*ita* non si fa seguire un *ut nunc*, che pertanto deve ritenersi saltato per una svista di amanuense.”

58 ARANGIO RUIZ, V., *La compravendita...*, cit., pág. 4: “Con ciò quel giurista non ha voluto risalire a tradizioni più o meno vive nella memoria dei romani, ma ha piuttosto parlato da sociologo e da economista.

59 FERNANDEZ DE BUJAN, F., *Sistema contractual romano*, Madrid, Dykinson, 2004, págs. 151-152: “...este tipo de enunciados no es nada frecuente en los pasajes que los compiladores justinianeos seleccionaron de entre la ingente obra de la jurisprudencia romana clásica para incluir en el Digesto.”

60 FERNANDEZ DE BUJAN, *Sistema contractual romano*, cit., pág. 143.

Con la aparición de la moneda acuñada, se diferencia la permuta de la compraventa⁶¹, y la *merx*⁶² del *pretium*⁶³.

e) La permuta como género y la compraventa como especie de permuta.

García Garrido⁶⁴ sostiene que, en sus orígenes, la forma más antigua de compraventa consistía en el trueque o permuta de unas cosas por otras.

Miquel⁶⁵, por su parte, manifiesta que los romanos veían en la permuta el germen de la compraventa. Ahora bien, para que la compraventa suplante a la permuta, es necesario que aparezca el dinero en su función de facilitar el intercambio de mercaderías (cfr. Paul. D. 18.1.1.PR).

Fernández de Buján afirma que lo que parece estar claro es que la permuta no es idea basada en el *creditum*, porque en ella el dinero (*pecunia*) no cumple la función de medio de cambio. El trueque es anterior históricamente a la moneda. De ahí que la *emptio-venditio* sea una derivación histórica de la permuta, una vez que apareció el dinero amonedado, la moneda (*nummus*).

Los juristas señalaron el hecho genérico de la permuta como base de la *emptio-venditio*, pero la elevación de la convención llamada *permutatio* a la categoría de contrato, suscitó criterios dispares entre los jurisconsultos de las escuelas sabiniana y proculeyana. La idea sabiniana (subsunción *permutationes en emptiones*) se enraíza en la concepción histórica vulgar de que por medio de la *permutatio rerum* se realiza una *emptio-venditio*. La *permutatio* como *species* de la *emptio-venditio*, en vez de género (G, I., 3,141)⁶⁶.

No obstante, frente a la tesis sabiniana, consistente en que todavía en su época podía admitirse una

61 FERNANDEZ DE BUJAN, *Sistema contractual romano*, cit., pág. 154: "Esta diferenciación de posiciones entre quien entrega y cobra y quien recibe y paga, hace que nos encontremos ante un negocio diverso de la permuta. La compraventa fue así conformándose, paulatinamente, con un contenido y una naturaleza diversa hasta configurarse como el contrato por excelencia, modelo de todos los demás y paradigma de la categoría de contrato consensual."

62 ARANGIO RUIZ, *La compravendita...*, cit., pág.113, sostiene que hay textos que reservan el nombre de *merx* a la mercancía puesta en venta por un comerciante, otros que hablan de *res quae venit*, o según el contexto y para aclarar la situación, de *res pura* y simplemente.

63 FERNANDEZ DE BUJAN, *Sistema contractual romano*, cit., pág. 154: "Es preciso advertir que no es necesario esperar a la aparición del dinero amonedado para dar por superada la etapa del trueque."

64 GARCIA GARRIDO, M., *Derecho Privado Romano*, Madrid, Dykinson, 1993 pág. 619, en la nota 2 y citando el fragmento en análisis sostiene: "Paulo, 33 ed. D.18.1.1. pr....considera la permuta la clase más primitiva de compraventa".

65 MIQUEL, J., *Curso de Derecho Romano*, Barcelona, PPU, 1987, pág.388.

66 SCHULZ, F. *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960 pág. 500: "El Derecho clásico referente a la permuta, es particularmente claro. Los sabinianos, acertadamente, consideraban a la permuta como una especie de venta, esto es, como un contrato consensual, pero desgraciadamente, este punto de vista no prevaleció. De acuerdo con la doctrina clásica dominante, la permuta, no fue un contrato..." y 505: "Conforme la opinión victoriosa de los proculeyanos, la permuta no fue una venta y ni, por tanto, contrato. El comprador podía prometer algo además de dinero, lo que constituía un supuesto que daba la razón a las dos opiniones en conflicto, y que como todos los de esta especie no hizo otra cosa que producir dificultades."

emptio-venditio sin moneda (*sine nummis*), había ya una idea firme en la economía monetaria de entonces, y es que el *pretium* debía consistir en *pecunia numerata*⁶⁷.

f) El precio en la compraventa es siempre en dinero

La palabra *pretium* originariamente, desde el punto de vista rigurosamente etimológico, no aludía a dinero, sino que *pretium*, probablemente en su primera raíz etimológica, quería decir, simplemente equilibrio, es decir, contraprestación. Por tanto, *pretium* significaría algo así como contravalor, como equivalencia que tendría el sentido de equilibrio económico, para acabar adquiriendo el sentido de contravalor en dinero, de estimación pecuniaria de una cosa. De ahí que en las fuentes relativas a la compraventa aparezca empleada con frecuencia la palabra *pecunia* en vez de *pretium*.⁶⁸

A comienzos del Principado surgió pues, una controversia doctrinal entre sabinianos y proculeyanos: mientras que los primeros sostenían que cualquier cosa podía servir de precio, los segundos afirmaban que no existía venta sin dinero. Prevalció la doctrina proculeyana que fue acogida por Justiniano⁶⁹.

Para entender la cuestión planteada al respecto, mencionamos la presentación del problema en Gayo, 3, 141: “Además el precio (en la compraventa) debe consistir en dinero amonedado (*numerata pecunia*). Se discute mucho, en efecto, sobre si el precio puede consistir en otra cosa como, por ejemplo, un esclavo o un fundo de la otra parte. Al respecto nuestros maestros (es decir, los pertenecientes a la escuela Sabiniana) piensan que el precio puede consistir aun en otra cosa que el dinero. De ahí la opinión vulgar según la cual por la permuta (*permutatio*) de las cosas se puede contraer la compraventa, y que ésta sería la más antigua de las especies de compraventa... Los autores de la escuela contraria (es decir, los Proculeyanos) discuten al respecto y estiman que una cosa es la permuta de las cosas y otra la compraventa, ya que en el caso de un trueque de cosas no se puede saber cuál es la que se ha vendido, y cuál la que se ha pagado a título de precio; y que, inversamente, sería absurdo considerar que ambas cosas han sido vendidas y compradas simultáneamente. Pero, sin embargo, Celio Sabino⁷⁰ dice que si teniendo tú una cosa en venta, como por ejemplo un fundo, yo la recibo aceptándola y como precio de venta te doy un esclavo, resultaría que el fundo ha sido vendido y el esclavo dado a título de precio respecto de la adquisición del fundo”⁷¹.

Otro texto a analizar es el texto de Paulo que figura a continuación del fragmento analizado (D. 18, 1, 1, 1): “Pero dudase si pueda decirse hoy que hay alguna venta sin monedas, como si te di una toga,

67 FERNANDEZ DE BUJAN, *El precio...*, cit., págs. 38-39

68 FERNANDEZ DE BUJAN, *El precio...*, cit. pág. 58.

69 GARCIA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 625, y cita en notas 13 y 14: D.18.1.1, l. Inst. 3, 23, 2; Cl. 4, 64, 1.

70 ARANGIO RUIZ, *La compravendita...*, cit., pág. 7: “...la convenzione a cui accennava il giurista Celio Sabino nel cercare una conciliazione fra la teoria della scuola sabiniana, cui apparteneva, e che pretendeva essere la permuta un’ipotesi di compravendita, e il netto diniego opposto dai proculiani; se tu, diceva Celio, metti in vendita qualcosa, per es., un fondo, e io me presento a te per acquistarlo ma invece di danaro ti offero, e tu, accetti, altra cosa, si avrà compravendita benchè non venga pagato un prezzo in danaro. E non è questa l’opinione isolata di un giurista, qual era Celio, di seconda grandezza; in una costituzione di Gordiano datata al 238 d.C. (C. 4, 64, 1) sono presentati due casi”.

71 DI PIETRO, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales...*, cit. págs. 253-254.

para que yo recibiera una túnica. Sabino y Casio opinan que hay compraventa; Nerva y Próculo, que esto es permuta y no compra...Pero es más verdadera la opinión de Nerva y de Próculo, porque como una cosa es vender y otra comprar, uno el comprador y otro el vendedor, así una cosa es el precio y otra la mercancía, y en la permuta no puede discernirse quién sea el comprador, y quién el vendedor”.

Para Sabino y Casio la *permutatio* no sólo merecía protección sino que, además, se entendía que era una de las especies de compraventa, razón por la cual, se conceden, tanto la *actio ex vendito* como la *actio ex empto* para las partes intervinientes. Los sabinianos resuelven, pues, el problema planteado, dilatando el campo de aplicación de la compraventa, sobretodo en cuanto a la interpretación que se da al elemento precio, al permitir entender por tal, no solamente el dinero, sino cualquier otra cosa⁷².

Para Labeón y sus seguidores, una cosa es la compraventa, que es un contrato consensual y que se verifica por “la nuda voluntad de los que en ella consienten, mientras que la permuta da principio a la obligación con la cosa entregada” (la *datio*) (Paulo, D. 19, 4, 2). Es decir, de considerarse un contrato, pertenecería a la categoría de los contratos reales.⁷³

Vimos que Gayo (3, 141) recuerda el criterio indicado por Celio Sabino para establecer que quien tenía una cosa en venta, por la cual recibe otra cosa (por ejemplo, un esclavo), asume por ello el papel de vendedor (y tendrá, por ello, la *actio ex vendito*) mientras que quien da la otra cosa, asumirá el papel de comprador (y gozará de la *actio ex empto*). Pero este criterio no se presenta totalmente persuasivo, por cuanto podía suceder que ambas partes hubieran puesto a la venta cada uno su cosa, con lo cual tienen razón los proculeyanos, en cuanto a que en la permuta falta la combinación de los dos elementos (-*res* y *pretium*-), que es, existiendo ya el dinero, lo que caracteriza a la compraventa⁷⁴.

g) Derecho Intermedio: Las 7 Partidas

Las Siete Partidas tratan en la Partida 5ª, en títulos 5 y 6 respectivamente, la venta y los cambios.

Así, en el Título 5 DE LAS VENTAS Y DE LAS COMPRAS, en la Ley 1 *Qué cosa es venta*, se define: “*Vendida* (venta) es una manera de pleito que los hombres usan entre sí mucho, y hácese con consentimiento de ambas partes por precio cierto, en que se avienen el comprador y el vendedor”⁷⁵.

El Título 6 DE LOS CAMBIOS expresa: “*Cambiar* una cosa por otra es una manera de pleito que semeja más la de las ventas y la de las compras que a otro; y bien así como hombre gana la cosa que ha comprado por precio que da por ella, bien otrosí la gana por aquello que por ella cambió...”⁷⁶

72 DI PIETRO, *Los negocios jurídicos patrimoniales...*, cit., pág. 255.

73 DI PIETRO, *Los negocios jurídicos patrimoniales...*, cit., pág. 256

74 DI PIETRO, *Los negocios jurídicos patrimoniales...*, cit., pág. 256 citando a Filippo Gallo.

75 LOPEZ ESTRADA, F. y LOPEZ GARCIA-BERDOY, M., *Alfonso X, el Sabio, Las Siete Partidas, Antología*, Madrid, Castalia, 1992, pág. 319.

76 LOPEZ ESTRADA y LOPEZ GARCIA-BERDOY, *Alfonso X, el Sabio, Las Siete Partidas*, cit., pág. 320.

h) Códigos modernos

1) Código Civil Argentino

La compraventa se encuentra definida en el artículo 1323, de este modo:

1323. Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero.

En la nota al citado artículo, el Codificador menciona entre las fuentes “*LL. 1 y 9, Tít. 5, Part. 5a. e Instit. §§ 1 y 2, Tít. 24, Lib. 3*”.

La permuta, por su parte, se encuentra regulada en el artículo 1485 del Código, de la siguiente manera:

1485. El contrato de trueque o permutación tendrá lugar, cuando uno de los contratantes se obligue a transferir a otro la propiedad de una cosa, con tal que éste le dé la propiedad de otra cosa.

En la nota se menciona entre otras fuentes: “*L. 1, Tít. 6, Part. 5a. - Instit., § 2, Tít. 24, Lib. 3. - L. 1, Tít. 4, Lib. 19, Dig.*”

Por último, el artículo 1492 establece que para el contrato de permuta rigen supletoriamente las disposiciones del contrato de compraventa.

1492. *En todo lo que no se haya determinado especialmente, en este Título, la permutación se rige por las disposiciones concernientes a la venta.*

En la nota, Vélez Sársfield consigna: *Sobre la afinidad del cambio con el contrato de venta, Troplong, nos 30 y siguientes, y sobre las diferencias. - L. 1, Tít. 4, Lib. 19, Dig.*

2) Códigos Latinoamericanos

a) Código Civil Uruguayo

Define a la compraventa en el artículo 1661⁷⁷, y la permuta en el artículo 1769⁷⁸. El artículo 1775 establece que la permuta se rige en forma supletoria por las disposiciones concernientes a la venta.

b) Código Civil Peruano

77 Art. 1661: “La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra **a pagarla en dinero**”

78 Art. 1769: “La permuta o cambio es un contrato por el cual los contrayentes se obligan a dar una cosa por otra”

La compraventa se encuentra definida en el artículo 1529⁷⁹. El título de la permuta consta de dos artículos: el 1602⁸⁰, donde la define y el 1603 que remite a las disposiciones sobre compraventa.

c) Novo Código Civil Brasileiro

La compraventa está definida en el artículo 481⁸¹. El capítulo II “De troca ou permuta” consta de un solo artículo, el 533, que no define la permuta, sino que se remite a las normas de la compraventa, con dos excepciones.

d) Código Civil de Bolivia

La noción de la venta se encuentra en el artículo 584⁸² y la de la permuta en el 651⁸³. El artículo 654 establece que se aplican a la permuta las normas sobre la venta, en cuanto sean compatibles.

e) Código Civil de Puerto Rico

La definición se encuentra en el artículo 1334⁸⁴, siendo de destacar que se refiere a precio en dinero *o signo que lo represente*.

f) Código Civil de Venezuela

La venta está definida en el artículo 1474⁸⁵, siendo de destacar que se refiere a *precio*, pero no agrega como la gran mayoría de códigos citados, que éste sea en dinero. La permuta se trata en el artículo 1558, y el artículo 1563⁸⁶ remite a las reglas establecidas para el contrato de venta.

g) Código Civil de la República de Cuba

Encontramos la definición de compraventa en el artículo 334⁸⁷ y la permuta en el artículo 367⁸⁸. La remisión a las normas de la compraventa se encuentra en el artículo 370.

79 Art. 1529: “Por la compraventa e vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste **a pagar su precio en dinero**”

80 Art. 1602: “Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes”

81 Art. 481: “Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir dominio de certa coisa, e o outro, **a pagar-lhe certo preço em dinheiro**”

82 Art. 584 (NOCION) “La venta es un contrato por el cual el vendedor transfiere la propiedad de una cosa o transfiere otro derecho al comprador. **por un precio en dinero**”

83 Art. 651 (NOCION) “La permuta es un contrato por el cual las partes se transfieren recíprocamente la propiedad de cosas o intercambian otros derechos”

84 Art. 1334: “Contrato de compra y venta, definición: “Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por **ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente**”.

85 Art. 1474: “La venta es un contrato por el cual e vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa y el comprador **a pagar el precio**”

86 Art. 1558: “La permuta es un contrato por el cual cada una de las partes se obliga a dar una cosa para obtener otra por ella”

87 Art. 334: “Por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de un bien al comprador mediante su entrega y éste **a pagar por él determinado precio en dinero**”

88 Art. 367: “Por el contrato de permuta las partes convienen en cambiar la propiedad de un bien por la de otro”

h) Código Civil Federal de México

La compraventa se encuentra definida en el artículo 2248.⁸⁹

3) Códigos Europeos

a) Código Civil Italiano

Define a la *vendita* en el artículo 1470⁹⁰ y a la permuta en el artículo 1552⁹¹. La remisión a las normas de la compraventa se encuentra en el artículo 1555.

b) Código Civil Francés

La venta se encuentra definida en el artículo 1582⁹², y se refiere solamente a la obligación de pagar, sin mencionar los términos “precio” “ni dinero”.

c) Código Civil Español

Define el contrato de compra y venta en el artículo 1445⁹³, refiriéndose al precio “en dinero o signo que lo represente”, como el Código de Puerto Rico.

La permuta, por su parte está definida en el artículo 1538⁹⁴ y en el artículo 1541 efectúa la remisión a la aplicación subsidiaria de las disposiciones referentes a la venta.

4) Comentarios

El Código Civil Argentino, con base en el Derecho Romano, considera a la compraventa como contrato consensual, y a la permuta como un contrato real. Si bien los civilistas argentinos en su mayoría no comparten este criterio, de la lectura de la nota del Codificador que cita como fuente a

89 Art. 2248: “Habrá compra-venta cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero”.

90 Art. 1470: “Nozione: La vendita è un contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo”

91 Art. 1552: “Nozione: La permuta è il contratto che ha per oggetto il reciproco trasferimento della proprietà di cose o di altri diritti, da un contraente all'altro.”

92 Art. 1582: “La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer ».

93 Art. 1445: “Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ello un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”.

94 Art. 1538: “la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra”.

Digesto 19.4.1 y especialmente lo establecido en D. 19.4.1.2 y 3 se llega a esta conclusión, aunque la redacción del artículo resulta confusa.

La misma solución establece el Código Civil de Venezuela y el Código Civil Español.

De la lectura de los artículos del Código Civil Uruguayo, Peruano y de Cuba parecería desprenderse que tanto la compraventa como la permuta serían contratos consensuales.

Conforme al Código Civil de Bolivia, ambos contratos (compraventa y permuta) serían contratos reales.

La aplicación supletoria de las normas de la compraventa a la permuta, aparece expresamente en el Código Civil Argentino, en el Proyecto de Unificación, en el Código Civil Uruguayo, Peruano, Brasileño (es el único artículo referido a la permuta), Boliviano, Venezolano, Cubano, Italiano y Español.

También es de hacer notar que el Código Civil Español, al igual de Puerto Rico, son los únicos entre los códigos analizados que con respecto al precio en la compraventa, se refieren a que debe ser en dinero **“o signo que lo represente”**.

V.- ¿Es la consensualidad en la compraventa un principio general del Derecho Latinoamericano que proviene del Derecho Romano?

Guzmán Brito⁹⁵ sostiene que es un principio que está comenzando a expandirse a todos los contratos^{96, 97}.

¿Qué es un principio general? El Doctor Norberto Rinaldi define los Principios Generales del Derecho como *normas jurídicas vinculantes, universales, perfectas, generales, supletorias de los sistemas*

95 GUZMAN BRITO, A., *La consensualización de los contratos reales*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso Nº 29, Valparaíso, julio 2007: “En las modernas codificaciones quedó indirectamente consagrado el consensualismo como principio general del Derecho de contratos, cuando, en síntesis, para obligarse solo se pide que dos partes capaces consientan sin vicios sobre un objeto lícito movidas por una causa lícita. Como no se pide además que consientan bajo ciertas formas o con subsiguiente entrega o tradición, aquéllas y éstas permanecen como excepciones que deben ser expresamente establecidas”.

96 GUZMAN BRITO, A., *Las relaciones entre la compraventa, la permuta y la lesión enorme: del Derecho Romano al “Código Civil” de Chile*, Estudios Dogmáticos de derecho civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 2005, pág. 234: “Si, según vimos como probable, la tesis de los sabinianos de identificar permuta y compraventa derivaba de su deseo de convertir a aquélla en un contrato consensual, tal no fue el propósito de los iusnaturalistas. Ciertamente la permuta terminó por ser transformada en un contrato consensual en la época moderna. Pero no como efecto de la paulatina asunción de la tesis sabiniana, sino a consecuencia de la más general imposición del consensualismo como principio general del derecho de los contratos, que, por ende, incluyó también a la permuta.”

97 D’ORS, *Cuatro logros...*, cit. pág. 598: “...el Derecho Romano no reconoció tal eficacia a un simple convenio consensual más que en determinados tipos contractuales; fue la natural evolución ulterior la que llegó a generalizar esa categoría para todo acuerdo de obligación lícita.”

jurídicos vigentes que deben ser utilizadas para los casos en que cada sistema jurídico no pueda resolver una cuestión.

¿Dónde se encuentran los principios generales? Siguiendo al Dr. Rinaldi entendemos que los *Principios Generales del Derecho* los podemos encontrar en el *Derecho Romano entendido en su concepto más amplio, es decir, “el sistema jurídico elaborado por los Romanos, recopilado por Justiniano, sistematizado y actualizado por las diversas escuelas romanísticas posteriores, recepcionado por las codificaciones modernas y que sirve de común denominador jurídico y cultural para la mayoría de los pueblos de la tierra”*⁹⁸.

En atención a lo sostenido precedentemente, la respuesta a la pregunta del acápite debe ser afirmativa. Efectivamente, la consensualidad en la compraventa es un principio general.

Di Pietro sostiene que el término “contrato” en Derecho Romano es aquel concepto restringido de Labeón⁹⁹ y que para posibilitar la unidad de la codificación latinoamericana habría que volver al término restringido de contrato: sólo los consensuales.

Fernando Reinoso Barbera¹⁰⁰, enumera los Principios Generales del Derecho Español que son Derecho Romano, y dentro del listado, consigna el siguiente fragmento del jurista Paulo en D.18.1.1.2 *Emptio consensu peragitur* (La compra se realiza por el consentimiento, porque es del Derecho de gentes).

Y más adelante sostiene el autor¹⁰¹: *La acertada resolución de este problema (comprender el alcance de cada principio y su contenido real), en el nivel práctico, pasa necesariamente por la investigación romanística. El Derecho Romano puede dar contestación a las dudas que deberían plantearse cada vez que se utiliza judicialmente un principio general.*

VI.- El avance la consensualidad en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Código de Comercio de la Nación 2012.

El avance de la consensualidad sobre el realismo en los contratos es una tendencia generalizada en la legislación comparada¹⁰².

98 RINALDI, N. *Lecciones ampliadas de Derecho Romano*, Buenos Aires, Edictum, 2006, pág.139.

99 DI PIETRO, *Los negocios jurídicos patrimoniales...*, pág 369: “...el concepto de Labeón que significa la verdadera concepción de los contratos ya que su definición resulta perfecta desde el punto de vista de las exigencias de la lógica, ya que por un lado figura el elemento común con los otros negocios, o sea la “convención” o “acuerdo de voluntades”, pero también la diferencia específica, que consiste en esa reciprocidad funcional que Labeón denominaba *ultra citroque obligatio*, la cual diferencia al contrato de los otros actos productores de obligaciones unilaterales.”

100 REINOSO BARBERA, F., *El Derecho Romano como desiderátum del Derecho del Tercer Milenio. Principios generales del Derecho*, Revista Roma y América 3/97, Roma, 1997, págs. 23ss

101 REINOSO BARBERA, OP. op.cit. pág. 66

102 GUZMAN BRITO, A., *La consensualización de los contratos reales*, cit.: “Nos formamos la impresión que el sacrificio de los contratos reales en el altar del consensualismo es un sacrificio a cierto mito. El consensualismo, como principio general, es algo más bien moderno. Los romanos, que inventaron los contratos consensuales, desconocidos en otros pueblos

En el Proyecto de Unificación del Código Civil y el Código de Comercio de la Nación (2012) se advierte este avance. Así, son contratos consensuales: el depósito (Art. 1356), el préstamo bancario (Art. 1408), el mutuo (Art. 1525) y el comodato (Art. 1533)¹⁰³.

El Proyecto mantiene la concepción amplia de contrato de Savigny, tal como la receptó Vélez Sarsfield en el Art. 1037 del Código Civil, aunque limitada a relaciones jurídicas patrimoniales. La definición de contrato del Proyecto se encuentra en el artículo 957: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.”

Coherente con tal acepción amplia de contrato, la transacción que es un modo de extinción de las obligaciones, está definida en el artículo 1641, como contrato.

Siendo entendida como un contrato, la transacción sería un contrato real, pues el artículo se refiere a la existencia de transacción cuando las partes haciéndose concesiones recíprocas (*datio*), extinguen obligaciones litigiosas o dudosas.

En el citado Proyecto, la tradición no está concebida como contrato. Esta concepción es frecuente en la legislación comparada y fue sostenida por Savigny, pero de la lectura del artículo 1924 y de la ubicación del mismo, la tradición es concebida como un modo de adquisición del dominio ya que se encuentra tratada en el Libro Cuarto “Derechos Reales”, Título 1, Capítulo 2 “Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad”.

VII.- CONCLUSIÓN

De todo lo analizado y a modo de síntesis, podemos resaltar la gran influencia del Derecho Romano en los temas desarrollados.

Comenzamos con la invención del término “*contractus*” por parte del profesor de derecho Gayo¹⁰⁴, quien viviera en el siglo IId.C., autor de las célebres Institutas.

Los contratos consensuales son un logro del genio jurídico romano, según expresa Alvaro D’Ors¹⁰⁵, ya que no fueron conocidos por otros pueblos de la antigüedad.

de la Antigüedad, y particularmente en el mundo helenístico, no pensaron en elevar el canon que los rige a la categoría de tal principio; lo propio hicieron los medievales. La generalización del consensualismo fue obra del derecho natural moderno”

103 GUZMAN BRITO, *La consensualización...* cit. sostiene: “Antes dijimos que la supresión de los contratos reales y su conversión en consensuales contiene dos conversiones: la del convenio causal no vinculante de aquellos en contrato, y la de su tradición o entrega perfeccionadoras en actos de cumplimiento del nuevo contrato. Ahora debemos agregar que también contiene una nueva conversión, la de la promesa unilateral misma de contrato real en contrato consensual sustitutivo del real. Se produciría así una suerte de fusión de la promesa de cada uno de los contratos reales con el convenio causal de la tradición o entrega perfeccionadora de los mismos.

104 Ver nota 1

105 Ver nota 16

La distinción entre la compraventa y la permuta fue una elaboración de la escuela proculeyana que se desarrolló en época de Augusto, y que Justiniano incorporó en su compilación y que se recepta en innumerables códigos en la legislación comparada¹⁰⁶.

Hemos sostenido y fundamentado que la consensualidad en la compraventa es uno de los principios generales del derecho de los contratos¹⁰⁷ que proviene del derecho romano.

Actualmente existe una fuerte tendencia a la consensualización de los contratos. Esto, de algún modo, significa llevar a la categoría de contratos las promesas de contratos reales y postergar en el tiempo, la efectiva entrega de la cosa, momento en que se perfeccionaría el contrato y nacería la obligación de devolver para la parte receptora¹⁰⁸.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ, M., *El nacimiento de la compraventa romana como contrato consensual. Aportes de las fuentes extrajurídicas al respecto*, Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito, Alessandria, Italia, Dell'Orso, 2011.

ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1956.

ARANGIO-RUIZ, V., *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1986.

CANNATA, C., *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, en VACCA, L., *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, Giappichelli, 1997.

CARAMES FERRO, J. M. *Curso de Derecho Romano*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1976.

DI PIETRO, A., *El Régimen de los Contratos en el Derecho Romano y sus consecuencias para lograr una unificación legislativa de los negocios*, conferencia dictada en el XI Congreso Latinoamericano de derecho Romano, organizado por la Universidad de Morón, del 14 al 17 de Setiembre de 1998.

DI PIETRO, A., *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano*, Buenos Aires, Abaco, 2004.

D'ORS, A, *Cuatro logros del genio jurídico romano*, La ley T° 1984 B, Buenos Aires, 1984.

GARCIA GARRIDO, M., *Derecho Privado Romano*, Madrid, Dykinson, 1993.

106 Ver punto III

107 Ver nota 73

108 Ver punto VI y nota 76.

GAYO, *Institutas*, texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1987.

GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid 1852, Tomo III, 3.

GUZMAN BRITO, A., *Causa del Contrato y causa de la obligación*, Revista de Estudios histórico-jurídicos N° 23, Valparaíso 2001.

GUZMAN BRITO, A., *Las relaciones entre la compraventa, la permuta y la lesión enorme: del Derecho Romano al "Código Civil" de Chile*, Estudios Dogmáticos de derecho civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 2005.

GUZMAN BRITO, A., *La consensualización de los contratos reales*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° 29, Valparaíso, 2007.

FERNANDEZ DE BUJAN, A., *El precio como elemento comercial en la compraventa romana*, Madrid, Reus, 1993.

FERNANDEZ DE BUJAN, F., *Sistema contractual romano*, Madrid, Dykinson, 2004.

LOPEZ ESTRADA, F. y LOPEZ GARCIA-BERDOY, M., *Alfonso X, el Sabio, Las Siete Partidas, Antología*, Madrid, Castalia, 1992.

MIQUEL, J., *Curso de Derecho Romano*, Barcelona, PPU, 1987.

REINOSO BARBERA, F., *El Derecho Romano como desiderátum del Derecho del Tercer Milenio. Principios generales del Derecho*, Revista Roma y América 3/97, Roma, 1997.

RINALDI, N. *Lecciones ampliadas de Derecho Romano*, Buenos Aires, Edictum, 2006

RINALDI, N. *LABEON, GAYO, JUSTINIANO, SAVIGNY, VELEZ*, Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito, Alessandria, Italia, Dell'Orso, 2011.

SCHULZ, F. *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, 1960.

TORRENT, A., *Manuel de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1995.

LA DEGRADACIÓN DE LA *FIDES* CONYUGAL:

Por Mónica Villagra

Mónica Villagra es adscripta y Prof. Ay. “A” de la Cát. “B” de Derecho Romano- Fac. de Der. y Cs. Soc.,UNC; Posgrados: Der. Proc. Civ. (Fac. de Der. UBP); Metodología de la Investigación (Fac. de Der. y Cs. Soc., UNC); Doctoranda en el Programa “Las creaciones de la Jurisprudencia Romana y su repercusión en el Derecho Moderno”, UNED, España; Postulante a Doctoranda en Fac. de Der. y Cs. Soc.,UNC.

RESÚMEN:

Frente a la eventual abrogación del Código Civil, consideramos oportuno efectuar un análisis crítico de cierta normativa del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elevado por el Poder Ejecutivo y para cuya discusión el Congreso de la Nación ha creado una Comisión Bicameral ad hoc, centrandone nuestra inyectiva en demostrar la falta de coherencia e inconsistencias que se observan al intentar armonizar los arts. 431, “Asistencia” y 437, “Divorcio”, del Libro II, Título I “Matrimonio”, Cap. 7 “Derechos y Deberes de los cónyuges”, del Proyecto, frente al postulado preliminar, genérico y propedéutico del “Principio de la Buena Fe” y la sanción del “Abuso del Derecho” (Art. 9 y 10 del Proyecto), como así también la novel incorporación del “Deber de Prevención del Daño” y su “Acción preventiva”(en su Art. 1071 y 1711).

Procuraremos demostrar cómo y en qué medida, la abolición de los deberes jurídicos de cohabitación y de fidelidad en el matrimonio, torna en absolutamente incongruentes bajo el nuevo sistema, otras situaciones derivadas de las relaciones familiares, vg. la “presunción de filiación”, la “posesión de Estado” (Art. 566 corr. y conc. y 584 del Proy.) o llega al extremo de asumir una postura discriminatoria del matrimonio frente a las “uniones convivenciales” y su “protección de la vivienda familiar” (en sus arts. 510 “requisitos” inc. e) y 522); para llegar a la conclusión de que, con esta proyectada sustitución integral en presunta “postura de vanguardia” -que aún la sociedad argentina no reclama-, la institución matrimonial se encontrará desarticulada y quebrada en su estructura, pues, con ese precedente, difícilmente, pueda nuestra sociedad seguir manteniendo, por mucho tiempo más, aquellos valores de la unión monogámica como célula social, que constituye paradigma y sostén axiológico de nuestra cultura, y que, como tal, consideramos un Principio General del Derecho en la esfera del Orden Público Familiar de la sociedad occidental.

Frente a la eventual abrogación del Código Civil redactado por Vélez Sársfield que, con sus modificaciones necesarias para adecuarse a las nuevas épocas, ha regido el derecho privado de la República Argentina desde el 1-1-1871 –según fuera dispuesto por el Art. 1° de la Ley 340, dictada bajo la Presidencia del Dr. Domingo Faustino Sarmiento–, consideramos oportuno hacer un análisis crítico de cierta normativa del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elevado por el Poder Ejecutivo y para cuya discusión el Congreso de la Nación ha creado una Comisión Bicameral *ad hoc*.

Nuestra crítica se centrará en demostrar la falta de coherencia e inconsistencias que se observan al intentar armonizar los arts. 431, “Asistencia” y 437, “Divorcio”, del Libro II, Título I “**Matrimonio**”, Cap. 7 “*Derechos y Deberes de los cónyuges*”, del Proyecto, frente al postulado preliminar, genérico y propedéutico del “**Principio de la Buena Fe**” y la sanción del “**Abuso del Derecho**” (Art. 9 y 10 del Proyecto), como así también la novel incorporación del “**Deber de Prevención del Daño**” y su “**Acción preventiva**” (en su Art. 1071 y 1711).

Partiendo de dicho esquema, explicaremos cómo la abolición de los deberes jurídicos de cohabitación y de fidelidad en el matrimonio, torna en absolutamente incongruentes bajo el nuevo sistema, otras situaciones derivadas de las relaciones familiares, vg. la “*presunción de filiación*”, la “*posesión de Estado*” (Art. 566 corr. y conc. y 584 del Proy.) o llega al extremo de ser discriminatorias del matrimonio frente a las “*uniones convivenciales*” y su “*protección de la vivienda familiar*” (en sus arts. 510 “*requisitos*” inc. e) y 522). Estas son algunas de las incongruencias y tensiones que genera el pretendido sistema “integral” de sustitución absoluta del Código vigente –postura que consideramos innecesaria–, las cuales, intentaremos acreditar en los próximos epígrafes.

I. QUEBRANTO DE LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL

Observamos con displacer que, mientras, la Buena Fe se consagra como Principio General del Derecho– lo cual es loable–, y se yergue positivamente como eje central para el “ejercicio de todos los derechos” (Art. 9), constituyéndose en el parámetro para llegar a los extremos de insertar el Deber de prevención del daño (Art. 1071); paradójicamente, se la excluye de aquella institución conyugal, y se degrada jurídicamente al deber de fidelidad, para sancionarlo como un mero deber moral, con lo que lo constituye en letra muerta frente a nuestra sociedad actual. Por ello es que consideramos que los postulados del proyecto, anuncian el derrumbe de los pilares fundamentales de la institución matrimonial, al haber sido despojada de los deberes jurídicos de convivencia y fidelidad conyugal, que hasta el presente constituyen el fundamento del régimen matrimonial monogámico.

Además de ello, como hemos adelantado, es indudable que la ausencia de aquellos deberes jurídicos matrimoniales que, hasta el día actual, han gozado de aceptación incólume como orden público matrimonial, lleva también a la inconsistencia absoluta de la presunción –jurídica y no meramente moral– de la filiación matrimonial (Art. 566); como igualmente coloca en una posición desventaja al matrimonio frente al régimen para las uniones convivenciales (522).

II.- LA AUSENCIA DE EXCLUSIVIDAD CONYUGAL: UN PELIGRO INMINENTE

A- El postulado de la monogamia como baluarte Occidental

La doctrina ha sido conteste en considerar que, el matrimonio, en su carácter institucional, es decir, apreciado desde el punto de vista del estado de familia, emplaza a los contrayentes en el “estado conyugal”, quedando sometidos al régimen de matrimonio civil a partir de momento de prestar ante el oficial público su consentimiento. Ipso iure, desde la celebración de dicho acto jurídico, quedan los esposos vinculados recíprocamente entre sí, debiendo, por tanto, cumplir con el conjunto de derechos y deberes prescriptos en vista de un doble interés: el mutuo de los cónyuges, y el de la sociedad en su conjunto, como normas de orden público familiar, siendo inderogable para las partes. (Fanzolato: 2007)

En las arcaicas raíces del mundo occidental se acepta sólo el matrimonio monogámico, es decir, el que prevé la exclusividad sexual matrimonial, principio éste por el cual resulta inadmisibles que una persona tenga uniones matrimoniales simultáneas con distintas personas, y esto se mantiene, sin hesitación, tanto en países del *Civil* como del *Common Law*, es decir, países de raigambre romanista o anglosajona, al igual que en otros, como en China, habiendo incluso penetrado en Asia y África, a través de la difusión del cristianismo en las regiones que antes, eran del Islam.

Si bien carecemos de una norma positiva expresa, nuestro orden público matrimonial exige el matrimonio monogámico, exclusivo entre ambos cónyuges, y excluyente de la poliandria y de la poligamia (Rébora: 1945)¹⁰⁹ y, es por ello pre, que sanciona el impedimento de ligamen; situación que no ha cambiado ni aún con la más reciente reforma al Régimen de Matrimonio Civil Argentino, esto es, la Ley 26618, ya que la exclusividad deberá ser resguardada entre pareja hetero, u homosexual, pero se mantendrá monogámico. Congruente con ello, se han condenado, ancestralmente, tanto el adulterio como la bigamia.

En efecto, Ferrer (2010), en su análisis de esa nueva ley, al referirnos las características que se consideraron esenciales en la institución matrimonial, coloca a la heterosexualidad y monogamia en primer lugar; luego la unidad: representada por la comunidad plena de vida, lo que no fue modificado; la estabilidad, es decir, su vocación de permanencia, ya que sólo se admite disolución formal por vía judicial “en determinados supuestos”; la solemnidad, pues se constituye únicamente por acto de celebración formal y solemne según la ley; y la legalidad, puesto que es la misma ley la que reglamenta los derechos y obligaciones de los cónyuges, tanto de carácter personal como patrimonial, y lo hace con carácter imperativo y de orden público. De los dos primeros caracteres esenciales: heterosexualidad y monogamia, que reconoce como *tradicionalmente definitorios del matrimonio*, aclara que, solo uno de ellos, la heterosexualidad, ha sido suprimido por la innovación de la ley 26618 y agrega: “*Hasta ahora no se ha puesto en causa la Monogamia*”, afirmando que el contexto ético-jurídico vigente en las sociedades occidentales excluye la Poligamia. Resalta que el impedimento de ligamen, (ART. 160 Y 166 INC. 6 CC) protege el matrimonio monogámico.¹¹⁰

109 Rébora (1945), pág. 9

110 Ferrer (2010), pág. 67

Ya nos preocupaba esa sensación del... “*hasta ahora*” y el Proyecto en estudio nos inquieta por ello aún más, ya que, entendemos, que se pretende despojar al matrimonio monogámico de uno de sus pilares esenciales: el derecho-deber de fidelidad conyugal, anunciándose así que, el modelo convencional de familia tiende a desaparecer, favoreciendo el terreno fértil para que prosperen en un futuro no tan lejano: la monogamia seriada, la poligamia sucesiva, u otras formas del *poli- amor* o prácticas *swingers*, propias de sociedades altamente desarrolladas, pero de, cada vez, más decadente moral. Y, si uno repasa en la redacción textual de los artículos, donde ya no se refiere al consentimiento de varón y mujer (modificado), ni aun de “ambos contrayentes”, como reza en la última reforma al Art. 172, sino habla de “futuros cónyuges”, o de “cada uno de los contrayentes”, con lo cual no queda claramente definida la bipolaridad, no resulta descabellado pensar que, prontamente, pudieran darse interpretaciones confusas de “pluralidad”, es decir: 2 contrayentes o más. (Art. 418 Proyecto actual).

B- El Estado Matrimonial y sus Derechos-Deberes

Como bien reseña Fanzolato (2007), en el fondo, todos los derechos subjetivos familiares nacen de la ley, de las normas jurídicas del derecho de familia y son derechos deberes “instrumentales”, es decir, derechos “con fines altruistas de ejercicio obligatorio”, que constituyen medio para la satisfacción de interés del otro, reconocidos en razón del interés familiar para asegurar el óptimo desenvolvimiento de ambos. Cada cónyuge es a su vez titular de un “deber” que debe cumplir frente al otro cónyuge; cuanto, a la vez, titular de un “derecho” a que el otro cónyuge cumpla a su vez. Ambos roles se yuxtaponen recíprocamente, pues mientras los derechos subjetivos familiares son concebidos como poderes reconocidos a la persona para la satisfacción de sus intereses como miembro de la familia (realización personal a través del matrimonio y la paternidad-maternidad), tiene correlativamente deberes idénticos: asimilables a las obligaciones civiles, aunque con adecuaciones especiales al derecho de familia (Méndez Costa, Mazzinghi)¹¹¹.

Aclara este autor, que, por ser derechos otorgados en interés ajeno, son de “ejercicio preceptivo o imperativo e indisponible”, y por ello, la falta injustificada de ejercicio, configura conducta reprochable que tipifica el abuso del derecho 1071 CC susceptible de originar sanciones civiles punitivas y/ o de resarcimiento, y señala como Ej. , expresamente, el *deber de cohabitación entre los cónyuges*, que se establece *para favorecer y asegurar la observancia práctica de la comunidad de vida que hace a la esencia del matrimonio*.¹¹²

Entre los caracteres de aquellos derechos-deberes, destaca el citado autor, que son: 1- Personalísimos (*Intuitu personae*); 2- Relativos (en función de la posición que ocupa una persona respecto a otra dentro de la familia). 3. Imprescriptible; 4.- no son susceptibles de transacción.- 5-Indisponibles e intransmisibles (sustancialmente vinculados con el emplazamiento en un determinada calidad familiar); 6- Irrenunciables (no puede quedar sin efecto por voluntad individual o de partes).- 7.-

111 Ferrer (2010), pág. 72

112 Fanzolato (2007), págs.109-122

*“en el orden matrimonial, los derechos conyugales (como el derecho – deber a la fidelidad o a la cohabitación) no constituyen derechos puros de cada uno de los cónyuges a los que pueden renunciar mediante pacto de libertad sexual, porque la monogamia y la fidelidad interesan al orden público matrimonial. Está consagrada la indisponibilidad de los derechos deberes matrimoniales. Los esposos no pueden liberarse de tales obligaciones por una decisión de hecho”*¹¹³.

A su vez, Ferrer (2010)¹¹⁴ cuando considera los cuatro *derechos deberes básicos de los cónyuges*, incluye expresamente en primero y segundo lugar: Fidelidad y cohabitación; refiriéndose luego a débito conyugal y, por último, la asistencia recíproca, involucrados dos aspectos: uno moral o espiritual, y el otro material: los alimentos. En cuanto a la Fidelidad, consigna contundentemente que es *“consecuencia ineludible del matrimonio monogámico”, excluyendo toda relación sexual con un tercero (infidelidad material carnal o física: adulterio), e incluso, toda relación de afectividad o intimidad con un tercero que, sin llegar a trato sexual, pueda afectar los sentimientos o lesionar la reputación o el honorar del otro consorte (infidelidad moral), configurando la causal de injurias graves. La infidelidad continúa siendo un ilícito civil como violación de un deber jurídico y configura causal de separación personal y divorcio (Art. 202 inc. 4 y 214 inc. 1 cc) pudiendo dar lugar al resarcimiento de daños y perjuicios. (La permanencia del deber de fidelidad después de la separación de hecho de los cónyuges ha generado un intenso debate doctrinario y jurisprudencial)”*.

Respecto a la Cohabitación, nos refiere, resulta consecuencia inmediata, ya que el matrimonio implica vida en común, por lo cual los esposos deben habitar en la misma casa, y aclara que, si bien ante su incumplimiento, no puede ser pasible de ejecución forzada, pues está vedado por la regla del Art. 629 CC. (Belluscio), puede configurar la causal subjetiva de separación personal o divorcio, consistente en el abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal, o bien, la objetiva de separación personal, luego de dos años de separación de hecho o tres para divorcio. Sobre el Débito conyugal, comenta que, a falta de previsión expresa, se considera integrado: o al deber de fidelidad (Bossert, Zannoni, Vidal Taquini, Novellino), o en el de cohabitación, (Busso, Mazzinghi, Borda, Belluscio, Cafferata, Fanzolato, Perrino). Pero lo que sí resalta es que *“Por constituir las relaciones sexuales uno de los fines esenciales del matrimonio, el cónyuge que incurre en incumplimiento injustificado comete injurias graves, causal de separación o divorcio. (límite: las prácticas antinaturales, excesos de lascivia, e incluso, la práctica de fecundación médicamente asistido, ya que el débito no obliga a aceptar métodos no naturales para procreación (Belluscio)”*.¹¹⁵

En consecuencia, vemos nítidamente que, para la pacífica doctrina, ambos, Fidelidad y cohabitación, son elementos esenciales al matrimonio monogámico, y es en esta tesitura que nuestro régimen actual de Matrimonio Civil, que se prescribe como de *“orden público”*, es decir, deberes-derechos subjetivos institucionales específicos en sus arts. : 198 CC. *“Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.”*; 199 CC. *“Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida*

113 Ibid.

114 Ferrer (2010), pág. 73-75

115 Ibid.

*o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos.”; y 200 CC: “Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia.”. Todo lo cual, no es sino aplicación de aquellos presupuestos ya sentados milenariamente desde el derecho romano: *cohabitatio* (*corpus*-elemento objetivo) más *affectio maritalis* (elemento subjetivo o *animus*).*

Por el contrario, cuando el Art. 431 del Proyecto expresa: “Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca”; mantiene como único deber jurídico el de asistencia; pero pretende eliminar por completo los derechos- deberes de cohabitación y de fidelidad, pese a que, aún en nuestro régimen “igualitario” actual, como hemos visto, se mantienen expresamente dentro de Derechos y deberes de los cónyuges (Cap. VIII). ¿Acaso no se está vaciando de contenido a la institución matrimonial al despojarle de estos deberes-derechos jurídicos que hacen a la esencia del matrimonio monogámico?

II.- EL DIVORCIO EXPRESS:

A- Autonomía de la Voluntad vs. Orden Público Familiar

Ahora bien, somos conscientes de que el vaciamiento que denunciamos, es correlato necesario de la pretensión gubernamental de implantar el divorcio incausado, la abolición de toda culpa, y la irresponsabilidad frente a la ruptura del proyecto matrimonial, pues así lo reconocen en la nota 884 de elevación del Proyecto por parte del Ejecutivo PEN. el 12-6-2012 cuando expresan (Folios 9/10): “*Si bien se reconoce el valor de los deberes de fidelidad y cohabitación, al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas.*”. Para ello, han tomado como precedente un derecho foráneo, precisamente el “*divorcio “express”* incorporado al sistema jurídico español luego de la reforma al Código Civil de 2005 (Ley 15 del 8-7-2005 modif. CC y Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio), entre otros, como el mejicano, donde priman valores individuales, autonómicos, y más liberales, en todos los órdenes del mundo civil.

Es así que el Proyecto en su Art. 437 propone que el divorcio se “*decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges*”, es decir, no sólo por mutuo consentimiento, sino por voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges; a lo que el juez, sí o sí, debe hacer lugar, pues el siguiente Art. 438, si bien contempla, como condición de admisibilidad, la presentación de una propuesta que regule los efectos derivados del divorcio, establece expresamente que “*en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio*”.

La función del juez en el nuevo proceso es de “mero ejecutor” de la voluntad de las partes, en cuanto a la disolución del vínculo matrimonial, lo cual, en definitiva, significa la absoluta disponibilidad de las personas de entrar y salir del régimen matrimonial, fácilmente, a su antojo, y cuantas veces quieran, cualquiera sea la falta cometida: violencia familiar, adulterio, abandono voluntario

y malicioso del hogar conyugal; totalmente limpios de responsabilidad alguna y bajo la engañosa apariencia de otorgar “compensaciones económicas”, que como veremos *infra*, pueden generar mayores injusticias y discriminación. Todas aquellas conductas, no sólo el adulterio, se engloban, en última instancia, en la fidelidad conyugal, pues es fidelidad al cumplimiento del proyecto de vida en común, que ha sido quebrado.

En el Proyecto que objetamos, el juez sólo analiza las propuestas del convenio regulador que haga relación a: atribución de vivienda, distribución de bienes y eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges, ejercicio de responsabilidad parental, prestación alimentaria (Art. 439). El régimen de compensaciones económicas, no prevé ninguna “causalidad” por culpa o responsabilidad del otro cónyuge; aún peor, permite que sea revisado “sólo” cuando el juez advierta que “*el divorcio produce un desequilibrio manifiesto y signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura*” (Art. 441).

¿Qué consecuencias prácticas visualizamos?... Situaciones como un matrimonio por “conveniencia” entre, vg., un anciano rico y una mujer joven, pobre, que finge “amor”- o viceversa, en versión masculina-, donde, a poco de casada, se dedica a serle infiel, sin que tal conducta moralmente disvaliosa, le genere responsabilidad jurídica alguna. Indudablemente, visto desde la óptica patrimonial, habrá –sin duda- un empeoramiento de la situación del infiel, ante la ruptura, que la legitimará ante el juez, para que “ese desequilibrio económico” se restablezca, en perjuicio, en definitiva, del cónyuge que se mantuvo leal, y cuya *fides* ha sido violada. Un total absurdo. Lo mismo sucedería, sin irnos a aquel extremo, con un hombre golpeador, que puede o no ser, además, infiel, que quedaría impune ante la ruptura, pero podría reclamar compensación si se le produjo un desequilibrio que el juez deba restablecer, saliendo del estatuto matrimonial a su antojo.

Y, ¿si, intentando corregir la injusticia provocada por la norma en caso de eventual defensa ante tan disparatada definición legal, forzáramos la norma y pretendiéramos ampliar la interpretación del Art. 442 inc. b) del Proyecto, llevando al juez del proceso la alegación y prueba de la infidelidad como circunstancias relevantes a tener en cuenta para apreciar “*la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia*”?; ¿no sería un trámite contencioso que desgastaría la familia, al igual que cualquier contencioso actual? ¿Ganaríamos algo como sociedad, permitiendo tal discriminación? Y mientras, el infiel, que hoy –por el contrario- sería considerado culpable, en las nuevas previsiones, adquiriría plena capacidad nupcial para aprovecharse, vg. de otro viejecillo o viejecilla?

Esta postura individualista y liberal a ultranza, facilitadora de la trampa, de la promiscuidad, jamás se tuvo en miras ni por la jurisprudencia ni por la doctrina mayoritaria, ni constituyó, siquiera, una necesidad social. Tan es así que, si tenemos en cuenta el Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial que se elevara en el año 1998, los derechos-deberes de fidelidad, asistencia y alimentos recíprocos, como el de cohabitación, fueron mantenidos en sus arts. 435 y 436. Y de más está decir, se mantuvo inalterable hasta hoy.

Y corresponde señalar que España, de la cual arguyen haber tomado el sistema de divorcio express, presenta un sistema matrimonial diferente, ya que reconoce, por un lado, al matrimonio canónico

y, por otro, al civil, y en ningún caso se ha eximido de los deberes de fidelidad y convivencia: “Artículo 49. *Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1.- Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código. 2.- En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración.*” (cfr. Arts. 59-60), y art. 68. “*Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo*”. A su vez, en Francia, vemos que también se mantiene, pues su Código Civil en su Art. 212 dispone: “*Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance*”, y en el Art. 215: “*Les époux s’obligent mutuellement à une communauté de vie. La résidence de la famille est au lieu qu’ils choisissent d’un commun accord.*”

III.- PERPLEJIDADES QUE PROVOCA EL PROYECTO

Conmociona profundamente nuestras entrañas, la displicente redacción del articulado propuesto por el PEN y se nos agolpan infinitos interrogantes. ¿Cuál es el sentido que se pretende al consignar “*los esposos se comprometen a*”?; ¿acaso, con este nuevo Proyecto de ley se pretende reeditar –solapadamente– la vieja controversia sobre su naturaleza jurídica, es decir, carácter contractual vs. institucional del matrimonio?; ¿no habíamos propiciado y nos habíamos definido secularmente por la segunda?; ¿La intención del Art. 431 no es transformar a la institución matrimonial en una cuestión de mero interés privado de los contrayentes, que una minoría decide que ya no interesa al orden público matrimonial?

Nos preguntamos, también, ¿cómo puede ejercerse un “proyecto de vida” común, sin la cohabitación?; ¿por qué rebaja la función ético –jurídica del deber de fidelidad, a un mero deber moral, sin consecuencias jurídicas, cuando el mismo sirve, como sostiene la doctrina, para preservar el sistema monogámico?; ¿Quiere decir que la “exclusividad sexual”, ya no es parte de todo proyecto matrimonial?; ¿Y ese proyecto común, puede, peor aún, contemplar la pluralidad sexual, fomentando prácticas minoritarias, como la de los “*swingers*”, “*poliamor*”, entre otras, o de aquellos matrimonios por conveniencias? En definitiva, se está otorgando primacía a la *autonomía de la voluntad*. ¿Acaso es esto lo que la Sociedad Argentina quiere?

Lo curioso de la propuesta, es que, cuando por tantos años las “familias” constituidas como uniones de hecho (concubinatos hetero u homosexuales), han bregado por tener un emplazamiento equiparable al régimen matrimonial, (y eso sí, ha sido clamor público), logran elevarse al status jurídico de “uniones convivenciales”; por el contrario, se observa una degradación de la institución matrimonial a un cuasi concubinato. ¿Cuál debiera haber sido la diferencia “esencial” y lógica entre el matrimonio y la unión convivencial? Precisamente, la monogamia, la cohabitación obligatoria y el deber-jurídico de fidelidad. De sancionarse el proyecto, sólo se diferenciará por la cuantía y alcance de las compensaciones económicas ante la ruptura, las que, en definitiva, también pueden existir en la unión convivencial.

A éstas las define como “*uniones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente*

de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo” Art. 509. ¿Acaso no comparte un proyecto de vida común como en el matrimonio, con la sola diferencia de que recién se le reconocerán los efectos jurídicos luego de un plazo mínimo bienal? No hay acto jurídico de celebración de matrimonio, pero hay acto jurídico de inscripción registral (Art. 511); y también se prevén pactos de convivencia, rigiendo plenamente la autonomía de la voluntad (Art. 513). Y, al igual que para el matrimonio, se puntualiza el deber jurídico de asistencia, con la diferencia de que lo limita al plazo que dure la convivencia

Ahora bien, la discriminación de la institución matrimonial queda evidenciada, pues se advierte que, si el deber de fidelidad nunca existió antes para las uniones convivenciales como deber jurídico, pues no tenían estatuto legal; ahora pretenden que tampoco exista para la institución matrimonial. Y, por el contrario, por definición y como presupuesto esencial, éstas requieren “convivencia” mínima de dos años”, es decir, presuponen cohabitación, y lo que es más aún: tienen normativa específica para protección de la vivienda familiar durante la convivencia, mientras que para el matrimonio, no se ha previsto en forma expresa.

¿Cómo vamos a considerar cuál es vivienda familiar en el matrimonio, si los cónyuges no requieren cohabitar y pueden tener domicilios separados y vivir cada uno en su propia vivienda desde el comienzo hasta el fin de la relación, mientras tengan un “proyecto común” al que se hayan comprometido, que ni siquiera contempla el débito conyugal? En efecto, si hemos dicho que la doctrina, o coloca el débito conyugal en el deber de fidelidad, o bien en el de cohabitación, quiere decir que ahora no es ni exigible, ni un requisito matrimonial, ni hace a la esencia del nuevo matrimonio que pretenden imponer.

No habría una “comunidad de vida”, sino un “proyecto de vida en común”, según la letra del proyectado Art. 431. No son cláusulas equivalentes, y pueden llegar a ser opuestas. Puedo hacer un proyecto de vida en común sólo referido a, por Ej., una empresa familiar, mientras los cónyuges cooperan, pero sin cohabitar, sin vivienda familiar, y sin deber jurídico de fidelidad; tener un proyecto de adoptar niños de distintas nacionalidades, sin pretender con mi pareja una comunidad sexual de la cual derive una descendencia propia, entre muchos ejemplos que se podrían dar.

No es, precisamente, ese, aquél sentido de las célebres definiciones de Matrimonio de Modestino y de las Institutas del CIC. que aluden, como señala Rébora, citando a Maynz, a la comunidad absoluta de existencia¹¹⁶:“(…) *coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*” (el matrimonio es la unión de hombre y mujer en consorcio de toda la vida y comunicación de derecho divino y humano) (D. 23,2,1) o “*matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*”(intención de formar una comunidad de vida indisoluble).¹¹⁷ “*Consortium*”, nos resalta Di Pietro, deriva de *cum + sors*; de allí, *consors* = consorte, esto es, “quien comparte la misma suerte”, pues, se entiende que, cuando marido y mujer se casan, arriesgan su *sors* en el futuro, de allí que Livio refiera a *consortia rerum secundarum adversarumque*.¹¹⁸ La indisolubilidad, en la época romana,

116 Rébora (1945),pág.11

117 Iglesias (1993), pág. 484

118 Tac. An. 3,34 – Di Pietro (2009), pág. 311

era completamente discutible, reservada en su origen a la *confarreatio*, y fue dejada de lado mediante el repudio o el divorcio, lo que, luego de varios siglos, logró ser reincorporado a nuestro derecho (Ley 23.515); hemos abandonado la heterosexualidad con la Ley 26.618; ahora, ¿se pretende borrar de un plumazo la *cohabitatio*, el *consortium vitae*, y la *fides coniugalis*? Nos preguntamos, por esta vía, ¿qué nos quedará del matrimonio sino un saco vacío bajo la fantasía de un mero nombre?

Pues el deber de asistencia, no es exclusivo del matrimonio, sino de todas las relaciones familiares y de parentesco, inclusive, como hemos visto, ahora lo será también de las uniones convivenciales. Sólo varía en su extensión temporal-espacial y cuantía. No obstante, los autores del Proyecto, consideran –sin fundamento alguno, como se verá– que se busca “abandonar dogmas religiosos”, de una mayoría confesional que llevan los dogmas de la religión a la legislación civil¹¹⁹, y para ello, terminan arrancando la jerarquía institucional del matrimonio, transformándolo en un mero contrato consensual, donde los cónyuges solo se “*comprometen a*” desarrollar un proyecto de vida en común. Al no existir punición moral alguna, frente al cónyuge que violare el supuesto deber de fidelidad, pues “*nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe*” (Art. 19 CN in fine), la noción del deber moral es, hoy, algo completamente, vacío.

Viene al caso resaltar la intensa y diametral diferencia con el Derecho Romano, que –sin dogmatismo religioso alguno, pues en aquellos orígenes, no existía el Cristianismo–, fue el que estableció, desde sus orígenes, el matrimonio monogámico, sancionando por sus *mores maiorum* toda violación de la *fides*, como incumplimiento del *officium coniugalis*, de allí que el adulterio y la bigamia, incluso la falsa difamación de adulterio, en caso de la repudiada inocente, podían llevar el estigma social: pérdida de la *existimatio* pública, tacha de infamia, *nota censoria* e, incluso, una *capitis deminutio* que, podríamos hoy llamar “muerte civil”, es decir, pérdida de derechos cívicos. Ningún vínculo generado por la *fides*, gozaba, en un principio, de acción para exigir su cumplimiento: sólo bastaba la palabra del romano, y la pérdida de la estima pública, en caso de violación. Precisamente cuando, en la Roma republicana, perdió fuerza esa moral, por el relajamiento de las costumbres, la penetración de otras culturas y el comercio internacional, se hizo necesario, cada vez más, de dotar de acción para el cumplimiento de la palabra empeñada, y ello dio paso al reconocimiento de la *Bona Fides*, ya a nivel procesal, que evolucionará hasta nuestros días para erigirse en eje de la contratación nacional e internacional.

Es decir, en Roma, que fuera un deber moral, poseía totalmente sentido pues los *mores maiorum* revestían un carácter trascendental; en la actualidad, el “deber moral” se encuentra desacreditado y, por tanto, al concebir, como pretende el proyecto, a la institución matrimonial sin su correlativo deber jurídico de fidelidad, sólo se obtiene su degradación.

III.- LA INCOHERENCIA FRENTE AL SISTEMA PROTECCIONISTA DE LA FIDES

119 Cfr. Periódico Diario CyJ, miércoles 5 de septiembre de 2012 - pág. 14 A - “*Reforma civil, un proceso de abandono de dogmas religiosos*”.

Paralelo a este despojo en el orden público matrimonial, donde la *fides conyugal* resulta convulsionada al ser emplazada –a nuestro criterio, marcando un retroceso de más de 2000 años- como “mero *deber moral*”, observamos que, por el contrario, un verdadero clamor de la sociedad ha sido escuchado y se recepta en forma positiva y expresa a la *Bona Fides* como Principio de todo el orden jurídico, y no solamente contractual, pues ha sido colocado, *ex professo*, en el Título Preliminar – Capítulo 3 “Ejercicio de los derechos”, Art. 9 del Proy., “*los derechos deben ser ejercidos de buena fe*”, además de encontrarse 105 referencias entre las cuales destacan el Art. 961, 991, 1011, 1061, entre otras del Proyecto, referida a la buena fe contractual, desde las tratativas preliminares, su celebración, interpretación, ejecución e incluso rescisión y renegociación; incorporándose también como deber jurídico, el de prevención del daño.

Se coloca a renglón seguido, el Art. 10 del Proyecto, sancionándose el abuso del derecho, manteniendo idéntica redacción que la del Art. 1071 actual, donde sigue considerándose abusiva la conducta que “*exceda los límites impuestos por la buena fe*”, a lo que se agrega el “deber” a cargo del juez, “*de ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva*”, y de procurar, si correspondiere, la *reposición al estado de hecho anterior*, e incluso, *fijar una indemnización*”, permitiendo lo que la doctrina y jurisprudencia vienen propiciando de la declaración oficiosa del Abuso del Derecho.

En el ámbito de la responsabilidad civil, avanza el Proyecto en su Título V “Otras fuentes de las obligaciones”, en su Art. 1710.- “Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: *a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.*” Y en su Art. 1711 “*Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.*”

Lo que hoy conocemos como deber de fidelidad, el deber de lealtad, la confianza mutua y la buena fe, tienen un mismo y único tronco común: *Fides*, es decir, la fe en la palabra empeñada, en cualquier ámbito que se la haga. De ahí que, observamos la gran contradicción e incoherencia del sistema completo del Proyecto: por un lado, se sanciona al representante infiel (cfr. Art. 372); al tutor infiel (cfr. Art. 136 inc. b)), al deudor infiel (cfr. Art. 729), al contratante infiel (cfr. Art. 961), etc. ; la buena fe es parámetro: antes, durante y a la extinción de los contratos; y es pauta valorativa de la conducta abusiva, y de la imputación del deber de prevención de daño...; pero no se tiene en cuenta al cónyuge infiel que destruye con su conducta un proyecto de vida común que libremente decidió aceptar. ¿Acaso la infidelidad de un cónyuge no es violación a la *fides*, a la confianza puesta en ese compromiso mutuo en aras de un proyecto común, el matrimonial?; ¿es que la *fides conyugal* y la *bona fides* requerida para el ejercicio de cualquier derecho, o para fijar, incluso una sanción pecuniaria disuasiva, bajo el “deber de prevención de daño”, no son una misma y única esencia originaria?

Se pretende sancionar, sin ningún factor de atribución, a cualquiera que “en forma preventiva” no evite daño, y ¡se permite la irresponsabilidad de quien viola los más esenciales principios que han

sostenido el matrimonio monogámico! ¿No causa daño al interés matrimonial, la infidelidad del cónyuge?; ¿el abandono?; ¿las injurias, que en atención al Proyecto en estudio, ante la Bicameral, corresponderían a un mero “deber moral”? Pero la prevención del daño, sí, está prevista como “*deber jurídico*”...

La fidelidad, no es un mito, como tampoco lo es la Buena Fe. Hay empeño de palabra, compromiso a lo pactado. Con precedente romano, en base a la admisión pretoriana de las acciones de buena fe -cuyo corolario fue la obligación del *iudex* de fallar *ex bono et aequo*, es decir, *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*- se otorgó un nuevo margen de discrecionalidad para juzgar la conducta de las partes, acorde a los parámetros de la *bona fide* (Von Mayr:1930), y a partir de su interpretación, los glosadores y, especialmente, los posglosadores, influenciados ya por la noción de violación del pacto = pecado del Derecho canónico, extrajeron una máxima: *Pacta sunt servanda*.¹²⁰

Al amparo de aquellas acciones, se introdujeron criterios de *aequitas*, se admitió la *compensatio*, y se amplió la responsabilidad por daños y perjuicios con *damnum emergens* y *lucrum cesans*, como así también, el análisis de la *culpa* y *el dolo*. A la hora de valorar las pruebas, según refiere Fernández de Buján (2004), el *iudex* debía tener en cuenta, no sólo lo estrictamente pactado por las partes, sino todo aquello que, según su leal saber y entender, debía considerarse comprendido en la conducta del deudor de acuerdo con el criterio de la *Bona Fides*.¹²¹ De aquel primitivo reconocimiento a una *actio* para la *fiducia*, se abrió la consideración del *pactum* y del *consensus*, ampliándose la categoría contractual, permitiendo luego la conclusión de que, en definitiva, todo pacto es consenso y debe ser cumplido.

Luego, su paso por la edad Media y la influencia del cristianismo, haría que el principio terminara impregnando la totalidad del ordenamiento: todo pacto, debe ser cumplido; se debe obrar de buena fe. Más adelante, su evolución llevaría a que, este mismo principio, en época contemporánea, se utilice como límite frente al pacto mismo, en aras de la protección de los desequilibrios (vg. Teoría de la imprevisión, Abuso del derecho, etc.). Toda conducta reprochable, haría necesaria la previsión jurídica de la regla y su sanción. Es lo que ha sucedido actualmente, en lo loable del Proyecto: la incorporación del Principio en el título preliminar.

A- PRESUNCIONES DE PATERNIDAD VS. AUSENCIA DE FIDELIDAD: EL

120 Ya desde plena época republicana romana, el paulatino relajamiento de la *fides*, cuya violación no acarrea sino sanción moral y social, resultó impotente ante la máxima: *nuda pacta actionem non pariunt*. La voluntad de protección del *pactum fiduciae*, llevó a que el *Praetor urbanus*, permitiera una *actio fiduciae* contra el *fiduciarius*, por incumplimiento de su *officium*, al burlar la *remancipatio* oportuna del bien. Surgida del *ius civile*: como *directa*, y luego como *contraria*. A partir de allí, se expandiría gracias al *praetor peregrinus*. Villagra (2012) pág. 474/475; Cfr. Villareal (2010)

121 Por el contrario, en los *stricti iuris*, el juzgador se hallaba constreñido a los términos de la fórmula, y no tenía margen arbitral alguno para determinar una cuantía distinta a la que, en su caso, aquélla contendría. F. Fernández de Buján (2004)

ABSURDUS

Otra tensión que observamos generada a través del Proyecto, es lo atinente a la presunción de paternidad matrimonial. En Roma, donde se gestaron aquellas presunciones, tenían una razón de ser: determinar si el hijo provenía de *iustae nuptiae* y, frente a la afirmación: *mater certa, pater incertum*, buscar asentar la estabilidad de la relación, su *status familiae* y su *dignitas*, atribuyendo la paternidad al marido de la madre, siempre que el hijo naciere luego de los 180 días de celebradas o iniciadas las nupcias y hasta los 300 después de su disolución por muerte o divorcio. Y eran correlato del deber de fidelidad, tanto las presunciones de legitimidad como la posibilidad de impugnar la paternidad, invocando causales válidas (vg. impotencia, imposibilidad de haberlo concebido), con la sanción del adulterio.

Pero, en el presente orden tergiversado que se pretende sancionar, donde la fidelidad no es obligatoria, sino sólo como deber “moral”, sin sanción judicial ni “social” alguna, es decir sin “peso” o carga, podremos apreciar la falta de sustancia del Art. 566 del Proyecto y cuánta incertidumbre se perfilará en cuanto a la “paternidad” de la descendencia. Si no existe cohabitación entre los cónyuges, ni débito conyugal, será lícito que la sexualidad se libere con otra u otras personas, ya que no es jurídicamente sancionable y se observe, vg., una pluralidad de descendencia con posesión del estado de hijo matrimonial, pero que, no lo son en realidad. Si, antes, la clandestinidad de una relación infiel permitía algún que otro de estos deslices, ¿por qué no pensar que esto sucederá con muchísima mayor frecuencia frente a la amplitud de la libertad sexual durante la vida matrimonial, y sin que haya ninguna clandestinidad, y lo que es peor aún, a la luz del día y al amparo absoluto de la ley?

No consideramos que sea una situación loable, ni un paradigma a enarbolar esa liberación de toda atadura que disipe a los cónyuges, y disgregue la prole. Acciones de impugnación, de filiación, extracción de muestras de ADN, diferencias notables entre los hijos, si uno tiene vocación alimentaria o hereditaria respecto de un progenitor de distinta posición económica. Quienes ejercemos el derecho de familia conocemos de estas situaciones, tanto, como que, ni aún un *divorcio express*, va a eliminar la violencia familiar, la violencia de género, la violencia económica, ni la violencia social, y que, la ausencia de todo deber jurídico de fidelidad, sólo traerá mayor confusión tanto para hijos como para padres. Imagino a los que se adhieran a prácticas *swingers*, o los que se vuelquen al *poliamor*, que podrían verse, ante cada embarazo, en la obligación de determinar de quién es, en la realidad, su hijo.

Los padres y los hijos, tendrán confusión y, mucho más aún, los operadores jurídicos. Si hay plena libertad sexual, porque ya no hay exclusividad exigida por la ley, ¿podremos aseverar que los hijos son de quien ha formalizado el matrimonio con su cónyuge? No. Sin embargo, el Art. 566 del Proyecto presume la paternidad y el sigte. Art. 584, coloca con igual valor que el reconocimiento a la posesión de estado, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético, lo cual llevaría a la costumbre de la prueba genética, para, vg. desplazar a los que no fueran hermanos en la sucesión de su supuesto padre. No quisiéramos ser juez de semejante sucesorios. Y peor aún, con el parámetro de aquellos plazos romanos se establece la filiación en caso de matrimonios sucesivos (Art. 568 del proy.), generando aún más confusión en el sistema imperante. Consideramos que pierde razón de ser la normativa. Por todo lo expuesto, desde esta perspectiva, en el Proyecto, la presunción de paternidad se encuentra tan vacía de contenido, como el matrimonio mismo.

IV.- LA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL NO MAYORITARIA

Desde que el matrimonio se transformó en una institución de orden público, en protección de sus fines, requiere de la celebración del matrimonio y la expresión del consentimiento ante la autoridad registral competente, como acto formal y solemne, como así también para su disolución por divorcio la sentencia que así lo declare, habiendo cesado ya aquella *affectio*. Y si bien en los últimos años hemos presenciado una incipiente jurisprudencia en torno a los límites de vigencia temporal del deber de fidelidad conyugal, aunque aún hoy es minoritaria, que comienza a privilegiar las situaciones “fácticas” por sobre la voluntad legal, nos sorprende que el nuevo Proyecto pretenda ir aún más allá, sin que esta jurisprudencia se haya consolidado, haya adquirido aceptación masiva y se muestre como un logro efectivo de toda la sociedad. Frente al presente Proyecto de Codificación unificada, no podemos dejar de puntualizar que lo máximo que hubiéramos podido tolerar, sería el acoger alguna de esas tendencias, y no pretender hacer una cirugía mayor que despoje completamente de sentido a la institución matrimonial enraizada en nuestra herencia cultural.

Así reconoce la doctrina que la jurisprudencia no es uniforme en cuanto a la duración del deber de fidelidad, siendo los principales criterios jurisprudenciales que: 1- *subsiste hasta la disolución por sentencia* (CNCiv. Sala F, 12-10-94, J.A. 1995-III-350); 2- *Que se encuentra atenuado durante la separación de hecho* (CCC de San Isidro, Sala I, 2-6-98, J.A. 2000-II-459); 3- *Que en las separaciones de hecho prolongadas no existe el deber de fidelidad* (CNCiv. Sala B, 6-5-99, J.A. 2000-II-442); 4- *Que sólo subsiste el deber de fidelidad durante los tres primeros años de separados de hecho, pues transcurrido dicho término se puede demandar el divorcio y contraer nuevo matrimonio.* (CNCiv. Sala J, 31-5-2000, ED 191-366)¹²²

Ya en 2005 el voto de la minoría, Dr. Calatayud, en la Cámara Nacional Civil Sala E, o2-03-05, CRAM. C/ DNSLC. s/ divorcio¹²³: consideró que: *“El deber de fidelidad no se mantiene después de la separación de hecho de los esposos, de manera que la circunstancia de que el marido después de haberse retirado del hogar conyugal, haya iniciado una relación amorosa con otra mujer, no puede fundar el reclamo de indemnización del daño moral que la actora dice haber sufrido”* Y en 2006 la Sentencia NC 32, 21-6-06 “G.DE G. CA. C/ R. FRG. – Divorcio vincular”, de la Cámara Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de San Francisco- Provincia de Córdoba –¹²⁴ expresó: *“La doctrina tradicional y mayoritaria sostiene que hasta la declaración del divorcio o la separación personal, ambos esposos se deben las mismas obligaciones mutuas que tienen los que conviven armoniosamente, cualquiera que haya sido el tiempo transcurrido desde que se operó la separación de hecho, mientras que la moderna y minoritaria, estima que cuando el matrimonio se ha quebrado definitivamente en los hechos pero no media una sentencia de divorcio o separación personal, exigir aquellos cánones de conducta es una pretensión abusiva de atarse a moldes de otros tiempos, ya que se califica con duras imputaciones y negativas consecuencias legales a los numerosos casos en que la separación de hecho y de común acuerdo es de larga data, y en los que no se han iniciado los trámites de divorcio por dejadez o por causas económicas...”*

122 Ferrer-Medina-Méndez Costa (2007), pág.130

123 Faraoni-Ramaccioti (2008), pág.140

124 Ibid.

Ha dicho nuestro Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba, en Sentencia NC 2 (1-9-2000) “NH. – Divorcio vincular” que: “*En las relaciones personales de los esposos está, en principio, excluida la operatividad de la autonomía de la voluntad... Sin embargo, no puede ignorarse que el cese de la cohabitación entre los cónyuges, sea decidido de común acuerdo o unilateralmente, provoca un “relajamiento” del vínculo que determina que se aflojen los lazos jurídicos que perviven entre los esposos desunidos. El nivel de exigencia no puede ser el mismo, y esto se traduce en la práctica en la adopción de un criterio restringido en el juzgamiento de las presuntas transgresiones posteriores al cese de la convivencia.*” Más adelante en sus consideraciones el Superior agrega que “*pretender que el deber de fidelidad subsiste luego de producida la separación de hecho con la misma intensidad y modalidades que durante la convivencia contradice pautas morales y sociales asumidas por nuestra realidad cultural.*”¹²⁵

La actual reforma que propone el ejecutivo va más allá aún, y soslayando estas interpretaciones jurisprudenciales, directa y quirúrgicamente, corta de cuajo el deber de fidelidad, transformándolo en un mero deber “moral”, y socava los cimientos de la institución matrimonial, cuando a la sociedad argentina no le urge el mentado cambio. Consideramos que esta situación constituye un síntoma regresivo en la institución matrimonial pues si, ya a la fecha, luego de una larga evolución, el matrimonio moderno ha dejado de ser, como lo fuera en la Roma clásica una situación fáctica, modificable a voluntad y que pueda cesar ante la ausencia de la *affectio maritalis*; por el contrario, con la pretendida reforma, se postula la primacía de la voluntad, donde la celebración y ruptura matrimonial resultarán, absoluta y libremente, disponibles para las partes, sin necesidad de invocar causa alguna.

V.- UN CAMINO REGRESIVO A LA ROMA ARCAICA

La consideración del matrimonio que pretende el proyecto, no constituye sino un retroceso de más de dos mil quinientos años, pues a diferencia del matrimonio moderno, el romano no surge del consentimiento inicial sino que es preciso que sea continuo o duradero.¹²⁶ La actual propuesta, bajo supuesta tendencia de vanguardia, constituye un paulatino regreso a ese sistema romano, pues, ni bien *falte la intención de ser marido y mujer – affectio maritalis – cesará el matrimonio*, ya que, citando a Mizrahi, Bacigalupo de Girard entiende que: “*el consentimiento conyugal no es sólo el resultado de una voluntad inicial sino continua, determinando una elección permanente de un cónyuge respecto del otro renovada a diario ...hay matrimonio mientras hay affectio en el hombre y la mujer.*”¹²⁷ Frente a estos postulados, la norma propuesta en la actualidad por el PEN., sólo mantiene la *affectio maritalis* y el consensualismo, acercándose al sistema arcaico romano sobre el cual, comúnmente, se cree que, en Roma, cesada la *affectio*, cesaba *ipso iure* el matrimonio; de lo que se habría extraído como Principio: “*el matrimonio se contrae solo consensu y sin formalidad alguna*”.

Pero es necesario poner de relieve, que no fue igual en todas las épocas, resultando, en consecuencia,

125 Ibid., pág.142

126 Iglesias (1993), pág. 484

127 Bacigalupo de Girard (2009) pág. 426.

necesario realizar un estudio diacrónico, que contemple la evolución de la figura a través de todos los períodos en que podemos dividir el estudio de aquel derecho, que en su historia arrastra 1318 años, pues lo que se conoce como Primera Vida – según existe consenso mayoritario- abarca desde el 753 a.C. (fecha presunta de la legendaria fundación por Rómulo) hasta 565 d C (Muerte del Emperador Justiniano). De modo tal que, el matrimonio romano sufrió una larga evolución que revela, precisamente, cómo a medida que fue decayendo el peso de la sanción moral infamante que en principio se confería a toda ofensa a la fidelidad conyugal, fue necesario regularlo con una legislación más restrictiva, que llevó desde la época Augusta hasta el advenimiento del Cristianismo, a sancionar cada vez más duramente el adulterio y la bigamia.

Según Arangio Ruiz (1973), el matrimonio del más antiguo derecho romano es un acto o hecho jurídico en virtud del cual una mujer *sui* o *alieni iuris* sale de la familia de origen y entra en una nueva familiar en condición de sometida y con la particular función de procrear al jefe de familia o a uno de los súbditos libres una descendencia legítima.¹²⁸ Nos aclara que aquí es el elemento moral el que domina, de allí que para la continuación del estado conyugal ya iniciado, el elemento material se reduce en la práctica a una conducta de la cual resulte unívocamente la *affectio maritalis*, por lo que los jurisprudentes repiten con frecuencia *consensus facit nuptia*, mientras, por el contrario, en la posesión, es el elemento material de la disponibilidad de la cosa, el que sobresale por sobre el *animus rem sibi habendi*. “Por ello no se debe olvidar que para dar vida al matrimonio debe concurrir un hecho que inicie ostensiblemente la vida conyugal, ... generalmente la deductio de la esposa in domum mariti, acompañada de ceremonias religiosas y festejos sociales.”¹²⁹

En Roma, se concebía precisamente al matrimonio como una situación de hecho con consecuencias jurídicas (vg. *per usus, sine manu*). Al efecto, refiere Di Pietro (2009), que “Para los romanos, el matrimonio no es una relación jurídica, sino más bien un *factum*, una situación de hecho (*res facti*), aunque capaz de producir consecuencias jurídicas. Todo lo relativo a la celebración, disolución y protección del matrimonio pertenece fundamentalmente a los *mores*, con las consecuencias éticas y sociales que ello implicaba...” Se fundaba, entonces, en la *cohabitatio* y en la *affectio maritalis*; la primera era considerada aunque no habitaren en la misma casa - siempre y cuando se guarden la consideración y respeto debidos, es decir, se prodiguen públicamente *honor matrimonii*-, pues la convivencia no se interpreta en sentido material sino ético: puede contraerse en ausencia del marido, entrando la mujer a su casa; y dar comienzo a la vida en común, ya que *Iustus nuptias non concubitus sed consensus facit; non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*. Sin embargo, no se conformarán las *nuptias*, si está ausente la mujer, pues su presencia, revestía carácter esencial.¹³⁰

Pero lo que sí en Roma se mantuvo inalterable –y así nos llegó hasta nuestros días- fue la consideración de que fue siempre, invariablemente, monogámico y que dentro del propio ambiente pagano se reconoció cumplidamente su alto valor social.¹³¹ En efecto Gayo señalaba que: una

128 Arangio Ruiz (1973) págs. 488 y ss

129 Ibid., pág. 490

130 Di Pietro (2009, pág. 311)

131 Iglesias (1993), pág. 484

mujer no puede tener dos maridos a la vez, ni un hombre puede tener dos mujeres a la vez¹³² y ello fue “*principio liminar del Derecho Romano*”.¹³³ El matrimonio monogámico y exclusivo, no como “dogma”, sino como “herencia cultural”, lo recibimos de Roma. Y el deber de fidelidad, es su correlato.

En el Proyecto actual presentado por el Ejecutivo, esta situación relacionada se encuentra aún más agravada. Pues en Roma, la *cohabitatio* era un elemento esencial y, aun cuando el elemento moral *dominare* por sobre éste, no podía dejar de existir; pero en el actual proyecto, sin deber legal de cohabitación, se pretende concebir al matrimonio sólo por la existencia de la *affectio maritalis*, y sin deber de fidelidad, no se explica cómo podrá mantenerse el doble carácter de: exclusivo y monogámico.

En los primeros tiempos de la antigua Roma era frecuente que el matrimonio estuviese acompañado por el sometimiento de la mujer a la *manus*, que se adquiría por medio de *confarreatio*, *coemptio per aes et libram* o *per usus* durante el plazo anual; dejaron de coincidir necesariamente matrimonio y poder marital, desde que fue posible la existencia de matrimonios sin un poder señorial del marido, lo que se obtuvo mediante el artificio del *trinoctium*.¹³⁴ Esos matrimonios *sine manu* fueron los que carecían de una forma solemne para su celebración ni, originalmente, de la virtud correctiva del *usus*. Se perfeccionaban por mero *consenso* y *podían, exteriormente, confundirse con concubinato*, del que sólo los diferenciaba un factor interno: *el affectus, la affectio maritalis*, la intención de constituir una familia, de fundar una unión *liberorum querendorum causa*, intención que se podía y debía *inferir de las circunstancias que rodeaban a la unión* y especialmente las de carácter económico, como era, sobre todo el *hecho de dotar a la mujer*.¹³⁵ Pero siempre, presuponía *cohabitatio*.

En los últimos siglos de la República y bajo el Principado, ni la guerra ni otra causa de ausencia, por prolongada que fuera, hacía cesar el matrimonio; sólo cuando a ella se agregaba la desaparición de la *affectio maritalis*, se lo consideraba disuelto, y por ello, era difícil, en ciertas hipótesis, distinguirlo del concubinato. Situaciones que demostraban el *honor matrimonii*, eran, vg.: la admisión de la mujer en su propia mesa, presentación a los familiares, vestimenta distintiva que usa la mujer, perteneciente a la clase social del marido. Incluso, la existencia o ausencia de dote era considerada como principal argumento para afirmar o negar el estado matrimonial.¹³⁶

En época del Derecho Honorario o de Gentes, continúa analizando Von Mayr, el matrimonio no *formal se constituía pura y exclusivamente mediante acuerdo de voluntades* de los contrayentes (*consensus nuptialis, por oposición al consensus sponsalicius*), y requería la *comunidad de vida* y la *deductio in domum* de la mujer, por un lado; y por otro el *affectus maritalis*, que debía inferirse de las circunstancias de la unión. De modo tal que, para que se configurara el matrimonio, tanto la comunidad de vida y la *cohabitatio* revestían, igualmente carácter esencial. Posiblemente el auge de los divorcios se haya comenzado a manifestar en esta clase de matrimonios libres de formas, *sine manu*.

132 Gai, I,63; Inst. I, 10,6

133 Iglesias (1993), pág. 484

134 Ibid. págs. 483-48

135 Von Mayr (1930), T.1, pág. 315

136 Arangio Ruiz (1973), págs. 490-491

Si bien no fue nunca el matrimonio dogmáticamente indivisible, la única causa normal de extinción de matrimonios originalmente, era, al parecer, la muerte natural o *capitis deminutio* de uno de los cónyuges. La *differratio*, para disolución del matrimonio *cum manu* adquirido por *confarreatio*, posiblemente es de época posterior, “*así lo indica el hecho de que el matrimonio de flamen dialis fuera todavía indisoluble en tiempos históricos*”. La *remancipatio* de la casada por *coemptio*, es calco de la *emancipatio*. La libre separación (*divortium*) por convenio o a voluntad de uno de los cónyuges, mediante una declaración, sujeta a la *Lex Iulia de adulteriis* a determinadas formas (*repudium*), sólo se pudo desenvolver dentro del marco del matrimonio libre, y hacia el s. III a C se extendió la posibilidad a las mujeres *in manu*.¹³⁷

Precisamente frente a la proliferación de estos matrimonios, la facilidad de sus divorcios, el relajamiento de las costumbres, y la cada vez más escasa repercusión de la mera sanción moral, se comenzó a regular mayormente sus efectos, y así, si bien durante el matrimonio el marido era dueño de la dote de la mujer, la *Lex iulia de fundo dotali* (18 a C) le impidió al marido, durante el matrimonio, enajenar o pignorar los fundos itálicos de la dote, sin permiso de su mujer, considerando a ésta también como propietaria de sus *res uxoria*, y como garantía frente al repudio incausado, dará origen a la *cautio rei uxoria*, y estaría protegido por el pretor, como *actio bonae fidei*, y por el cual, el marido, quedó obligado a restituirla en caso de disolución del matrimonio, ya a su mujer o a sus herederos, o al que la hubiera constituido. Al lado de la *actio rei uxoriae*, regulada con precisión por Augusto, apareció luego una *actio ex stipulatu, stricti iuris*, por que la mujer *sui iuris* hacía que el marido se comprometiese por *stipulatio* a la restitución de la dote, todo lo cual hubiera sido impensado en el matrimonio *cum manu*.¹³⁸ Y todo esto, previsto para caso de disolución del vínculo por cese de la *affectio maritalis*. De modo tal que, regular los efectos del matrimonio y su disolución, constituyó un avance, y no un retroceso, frente a las *iustae nuptiae* de la época arcaica.

El deber de fidelidad, no era concebido como lo es en la actualidad, ya que, para el varón romano, no cualquier contacto sexual extramatrimonial es censurado: el concubinato como comunidad de vida sexual duradera entre hombre y mujer, pero sin *affectio maritalis*, ni el consecuente *honor matrimonii* que confería la *dignitas* a la mujer, era una unión lícita o permitida por la costumbre pero ilegítima (*licita consuetudo, causa non matrimonii*. C6.57.5 In fine. Modest. D. 48, 5, 34), No se le castigaba civilmente, ni existía reproche moral. Se les llamaba *amica o concubina*, incluso las tuvieron Emperadores como Antonino Pío y Marco Aurelio. Pero estas uniones no se confunden con matrimonio por la nota negativa, es decir, la inexistencia de *affectio maritalis*; pero la nota de estabilidad, lo distingue a su vez, de la simple relación sexual. Las *Leges Iulia de Adulteriis* y *Iulia et Papia*, que castigaron el adulterio (unión con mujer casada) o el estupro (unión con ingenua o viuda respetable), no sancionaron el concubinato con mujeres de baja condición social, de mala vida, actrices o, incluso, mujeres adúlteras, y ello, aunque existiera prohibición matrimonial (senador con liberta). Los hijos, *spurri o vulgo concepti*, serían luego llamados por Justiniano *naturales liberi* (C.5. 27)¹³⁹ De modo tal que, en el Proyecto donde se pretende postular la inexistencia de la fidelidad como deber jurídico matrimonial, estaremos acercándonos al régimen romano, ya que

137 Von Mayr (1930) T.II, págs. 16-17

138 Ibid.

139 Di Pietro (2009), pág. 330

nada impedirá que, sin violación alguna de la ley, se puedan mantener estos diversos vínculos concubinarios, mientras subsista y se mantenga vigente el matrimonio ya contraído. Claro está, en nuestra época, sin discriminación entre varón y mujer, ya sea en una pareja hetero u homosexual.

En Roma no existe igualdad tal igualdad: la mujer, no el marido, será castigada por el adulterio. El marido tiene a su favor los *interdicta de uxore exhibenda et ducenda*, para reclamar la mujer de todo tercero que la retenga indebidamente.¹⁴⁰ Para fomento de los matrimonios, y frente a la alarmante disminución en la Tardo República, las leyes caduciaras de Augusto, dispondrán que, una vez disuelto el matrimonio por divorcio, el hombre debía casarse inmediatamente; la mujer divorciada, a los 18 meses y la viuda, a los 2 años, bajo apercibimiento de perder la capacidad sucesoria. Recién avanzada la época postclásica, se habría penado el delito de “bigamia”.

En cuanto al divorcio romano, según refiere Petit (1958), aun cuando hubiera sido admitido legalmente desde el origen de Roma, era socialmente visto como no valioso y la severidad de las costumbres primitivas hacía que no disfrutaban de esa libertad, ya que sólo el marido, y por causas muy graves (Ej. adulterio de la mujer o el hecho de que hubiera bebido vino), podía ejecutarlo. En los primeros siglos, apenas si hubo divorcios, además que los matrimonios *sine manu* eran raros; pero hacia fines de la República, relajadas las costumbres, y siendo más rara la *manus*, incluso la mujer pudo provocar el divorcio. La facilidad con la que se rompían los matrimonios fue severamente criticada, vg. , por Séneca.¹⁴¹ El repudio no justificado por graves razones, fue castigado por el *fas* con la consagración de una parte de los bienes del repudiante a Ceres, siendo, luego, pasible de *nota censoria*.¹⁴² Para García Garrido (1989) las primitivas causas de divorcio tienen un carácter mágico-religioso: adulterio, beber vino, sustraer las llaves para beber vino, actos deshonorosos en los que la mujer, al someterse a influencias extrañas y exteriores, acepta hechos de posesión y como tales comete infracciones a la fidelidad matrimonial (cita a Plutarco; Dionisio de Halicarnaso y Aulo Gelio).¹⁴³

Enseña Di Pietro (2009) que la misma palabra *divortium*, describe plásticamente el hecho de que los cónyuges, después de haber recorrido juntos un trecho de la existencia, se alejan por distintas vías (*di-vertunt*), de allí que *el divorcio se produce pues, toda vez que en ambos cónyuges o en uno de ellos desaparece la affectio maritalis. En época republicana este estado de ánimo encontraba su expresión en la separación material, acompañada por lo común con la declaración de uno u otro de los cónyuges de querer romper con ella el vínculo conyugal (repudium). La falta de toda formalidad en tal declaración deba lugar a cuestiones complejas y hasta ponía en peligro el principio fundamental de la monogamia, pudiéndose, con algún artificio, interpretar el segundo matrimonio como señal de cesación de la affectio correspondiente al primero.*¹⁴⁴

El *divortium* no estaba sujeto a formalidades, siendo suficiente un simple aviso, por escrito – *per litteras* – o por medio de mensajero – *per nuntium*. Quizás para el supuesto de aplicación de sanciones penales, la *Lex iulia de adulteriis* (año 18) remitía confirmándolo al uso, ya impuesto, de documentar

140 Iglesias (1993), págs. 483-485

141 De Benef. III, 16 – Petit (1958), pág.158

142 Arangio Ruiz (1973), pág.506

143 García Garrido (1989), pág. 732

144 Di Pietro (2009), pág. 315

el divorcio con una de las acostumbradas *testationes* que llevara los sellos de 7 testigos; y en derecho Justiniano, ya sí, se exige para su validez el *libellus repudii*.¹⁴⁵ Y, según reseña Iglesias, en las clases medias y en provincia, el divorcio debió ser menos frecuente que en clases ricas y ociosa, lo que parece confirmar la papirología egipcia, posiblemente por la mayor cohesión familiar mantenida en el mundo provincial y la influencia del cristianismo, lo que provocó que durante el derecho posclásico la materia fuera sometida a examen desde Constantino hasta Justiniano (Const. 7-12 C 5, 17); pero tuvo regulación definitiva en las novelas 22 (535) y 117 (542). No obstante el afán de regulación, nunca se alteró el principio fundamental de la disolubilidad del vínculo nupcial, cuando desaparece en uno u ambos, la *affectio maritalis*; pero sí se mostró la hostilidad a través de la conminación de sanciones a los divorciados.

Para la época clásica, pues, al ser el matrimonio una cuestión meramente de “hecho”, el nuevo matrimonio disolvía *ipso facto* el anterior, ya que no puede haber dos *nuptias* simultáneas. Si generara incerteza social, podría ser considerado *infame*. Recién durante el derecho post-clásico, el matrimonio posterior no invalida automáticamente al anterior, pues el consentimiento inicial sólo podía ser disuelto divorcio formal.¹⁴⁶ y sabemos por D. 3,2,1 que la bigamia en época imperial ya conllevaba la *tacha de infamia*, situación que se verá agravada en el Derecho Bizantino como gravísimo delito, castigado con pena de muerte¹⁴⁷. Igualmente será mal considerado el concubinato, al punto que Constantino negará toda posibilidad de recibir por testamento o donación entre los concubinos, ni sus hijos; se les consideró *inaequale coniugium*, y se fomentará la legitimación de los hijos mediante *subsequens matrimonium*.¹⁴⁸

Y, como bien señala Petit, si bien los emperadores cristianos no suprimieron el divorcio, por estar profundamente arraigado en las costumbres, sí los hicieron más difíciles, obligando a precisar la causa legítimas de repudiación, con aplicación de infinidad de penas más o menos graves contra el esposo culpable o el autor de una repudiación sin causa legítima.¹⁴⁹ La sanción, de índole pecuniaria, se determinó en la pérdida de la dote o de la donación nupcial, o en su defecto, de 1/ 4 del patrimonio o llegando, en el caso de la mujer, a la eventual reclusión en un convento. Todas éstas punitivas se suman a las que pudieren corresponder por delitos. También eran aplicadas a *quienes se divorciaban caprichosamente, es decir, no sólo contra el repudiante, en el repudium sine ulla causa, sino contra ambos cónyuges, en el divortium communi consensu, pero esta última fue eximida por Justino II*. Si la mujer repudiaba al marido, sin que éste fuera reo de los *tria crimina*, quedaba obligada a dejarle la dote y donación nupcial, *usque ad acuculam capitis* imponiéndosele también la pena de *deportatio*. Honorio y Constancio II (421) se mostraron menos restrictivos que Constancio, pero Teodosio II restableció el sistema de las *culpa*e, admitiendo el divorcio provocado por la otra parte.

Según nos resalta Álvarez Crespo (2010), Justiniano habría mantenido el régimen implementado por Constantino quien habría admitido el repudio por culpa del marido si era homicida, si ejercía

145 Iglesias (1993), pág. 493

146 Di Pietro (2009), pág. 315

147 Iglesias (1993), pág. 484 nota 9

148 Di Pietro (2009), pág. 330

149 Petit (1958), pág.158

la magia o era violador de sepulturas; y, por culpa de la mujer, si ésta era adúltera, dada a maleficios o proxeneta, con la salvedad de que dicho repudio no obstaba a ulteriores nupcias. Recibía castigo quien repudiaba *sine causa*. En cuanto al divorcio *mutuo consensu*, si bien Justino lo prohibió, Justiniano lo rehabilitó en 536 pero luego volvió a prohibirlo, salvo que fuere por causa de castidad, en cuyo caso ambos cónyuges debían entrar a un convento y perder sus bienes, medida ésta última que fue abolida por Justino II.¹⁵⁰

A tal punto llegará la evolución jurídica romana de la época imperial que, con Justiniano, al borrar la diferencia entre mujeres honestas y no honestas, la única diferencia entre el matrimonio y el concubinato radicará en el *animus*, es decir, en la *affectio maritalis* propia de las *iustae nuptiae*, y que no existía en la unión concubinaria. Quedará regulado el concubinato, estableciendo requisitos, límites, derechos y **prohibiciones como de que el hombre casado no pueda tener concubina** (Constantino C 5, 26; Zenón: C 5.27.5 pr.) y luego, se extenderán al concubinato los requisitos del matrimonio, esto es: monogamia, edad, impedimentos de parentesco y afinidad¹⁵¹

Como se puede observar de este breve excursus sobre los más de 1300 años de vigencia del mundo romano, cuna de la civilización occidental, la concepción del matrimonio fue evolucionando desde una situación fáctica sin regulación alguna, hasta la juridización de la misma a través de una, cada vez mayor, ingerencia estatal en función de lo que, a cada paso, se iba considerando más apropiado al bienestar de la República. Lo que, más adelante serviría de simiente para nuestra concepción del matrimonio como institución, protegiendo sus valores a través de normas de orden público familiar. La posibilidad de divorcio-repudio incausado, como postula el actual proyecto, para lo cual ha suprimido el deber jurídico de fidelidad, entre otros, no es sino un retroceso hacia el primitivo régimen romano, ya que la historia de Roma nos muestra que, por el contrario, el paso de su evolución fue hacia la concepción del divorcio con causa y justificado.

La tendencia “progresista” del proyecto, por el contrario, paradójicamente, no significa otra cosa que desandar el camino, volver hacia atrás, hacia la libertad del matrimonio romano de la primera época, con posibilidad de mantener, impunemente, relaciones concubinarias no registradas en aras de la libertad de unión sexual, máxime cuando, para peor, busca despojar al matrimonio de un elemento objetivo que, desde aquellos mismos orígenes, fue considerado esencial: la *cohabitatio*.

Y lo que es peor aún, contrariamente a lo que sucedía en aquella Roma prístina, donde los *mores maiorum* compelián moralmente al individuo a cumplir el compromiso conyugal asumido, bajo pena de padecer una tacha de infamia, una *nota censoria*, e inclusive, llegar al exilio, a la deportación y hasta una *capitis deminutio*; en nuestra cotidianeidad, sin paradigma de aquellos *mores*, aquella libertad de unión sexual que señalamos, carecerá muy prontamente de reproche alguno y se convertirá en moneda corriente en nuestra sociedad. Si el matrimonio comenzó siendo una situación de hecho con consecuencias jurídicas, porque emplazaba a los cónyuges en el estado de familia, y pasó luego a ser reconocido y protegido por el derecho, emplazándose más tarde como sacramento en algunas religiones, como la católica, para recién luego regularse por la ley civil, ¿por qué ahora retroceder

150 Alba Crespo (2010) , pág.25

151 Di Pietro (2009), pág. 330; Iglesias (1993), pág. 497

2000 años, para asimilar los efectos cada vez más a aquel matrimonio romano arcaico, sostenido sólo por la *affectio maritalis*?

VI.- FORMULACIÓN DE LAS CRÍTICAS PUNTUALES AL PROYECTO:

Como corolario de lo expuesto, sintetizamos nuestra crítica al Art. 431 del Proyecto del Ejecutivo (corr. y conc.) en las siguientes:

1) Da un salto cuántico más allá de las necesidades de nuestra sociedad actual, pues no se encontraba ni siquiera sugerido por la jurisprudencia ni constituía clamor social, como, por el contrario, sí lo eran, la regulación de las uniones convivenciales

2) El matrimonio occidental se postula ancestralmente como monogámico y esto no es cuestión de dogma religioso, sino tradición cultural definida como bien valioso. No existen indicios de que nuestra sociedad argentina, mayoritariamente, quiera abandonar este principio. No es necesidad actual, sino que constituye una mera e incipiente tendencia de una ínfima minoría, en la que subyace una postura ideológica influenciada por las teorías expuestas por Engels en *“El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado”*¹⁵².

3) La ley debe establecer paradigmas de conducta, y no regular sólo por voluntad de minorías. Si hemos considerado al matrimonio como una institución de orden público, es porque se ha visto ancestralmente en ello un interés social en la protección de aquél y sus efectos.

4) Sólo se mantiene “nominalmente” la monogamia al sancionarse la bigamia, quedando sólo la bipolaridad: matrimonio monógamo – bigamia, para casos de doble registración con impedimentos, y, mientras se amplía el principio a las uniones convivenciales, por otro lado, se elimina el adulterio y el deber jurídico de fidelidad.

5) Se priva de sus pilares fundamentales al matrimonio monogámico: Cohabitación – débito conyugal- y deber de fidelidad. Esta abolición, impide el cumplimiento del propósito de vida común.

152 Engels (1992) pág. 152: propicia que, regularizándose las relaciones sexuales y ahorrándose el pleito de divorcio, sobrevendrá *“una generación de hombres que nunca se hayan encontrado en el caso de comprar a costa de dinero, ni con ayuda de ninguna otra fuerza social, la entrega de una mujer; y una generación de mujeres que nunca se hayan visto en el caso de entregarse a un hombre en virtud de otras consideraciones que las de un amor real, ni de rehusar entregarse a su amante por miedo a las consecuencias económicas que ello pueda traerles. Y cuando esas generaciones aparezcan...se dictarán a sí mismas su propia conducta y, en consonancia, crearán una opinión pública para juzgar la conducta de cada uno ¡y todo quedará hecho”* y, citando a Morgan quien analizó el paso de la familia sindiásmica a la monogámica, y se plantea si esta forma puede ser duradera en el futuro *“si en un porvenir lejano la familia monogámica no llegase a satisfacer las exigencias de la sociedad, es imposible predecir de qué naturaleza sería la que le sucediese”*.

- 6) Mantener a la Fidelidad conyugal sólo como deber moral, pero consagrar como deber jurídico al de la buena fe para todo el ordenamiento constituye una absoluta incongruencia
- 7) Permitir la violación del principio fundamental de *alterum non laedere* sólo en el matrimonio, consagrandolo su irresponsabilidad, mientras se regula el deber de prevención de daño y se responsabiliza sólo por no actuar preventivamente, constituye un antagonismo
- 8) Se crea estado de incertidumbre plena respecto a la paternidad, ya que el ordenamiento jurídico facilitará la promiscuidad sexual.
- 9) Si no hay deber de fidelidad, no se justifica la presunción de filiación paterna matrimonial, y permite que exista un grupo “familiar” distinto al “grupo matrimonial” con diferenciación de vínculos filiatorios, permitiendo un desmembramiento de la unidad familiar, con importantes consecuencias en el orden alimentario y sucesorio.
- 10) La consagración de la autonomía de la voluntad plena, implica la desnaturalización del matrimonio como institución de orden público, y un regreso a la “contractualización” al estilo francés decimonónico.
- 11) Produce un vaciamiento del paradigma de la familia constituida, ya que deja de ser un bien jurídico valioso y deseable para la constitución de la sociedad.
- 12) Conlleva una mera patrimonialización del matrimonio, pues, frente a la ruptura unilateral o bilateral, sólo se atiende a la situación económica familiar de los cónyuges, pudiendo generar máximas inequidades.
- 13) Desnaturaliza al matrimonio al no exigir la cohabitación, lo que provoca un desequilibrio respecto a las uniones convivenciales, en las cuáles, sí, por el contrario, exige convivencia.
- 14) Sancionar al deber de fidelidad como mero deber moral sin repercusión jurídica, genera absoluta irresponsabilidad, ya que no existe en nuestra sociedad ningún tipo de “punición” moral

VII.- CONCLUSIONES:

En la proyectada sustitución integral, en su Libro II- “Relaciones de Familia”- Título I “Matrimonio” (Art. 401 hasta Art. 528: regulación del Matrimonio y de las Uniones Convivenciales), entre las tantas sorpresas que contiene, observamos -con el mayor estupor- que el matrimonio, en aras de la anunciada “postura de vanguardia” -que aún la sociedad argentina no reclama¹⁵³, se encontrará desarticulado y quebrado en su estructura, ya que, con ese precedente, difícilmente, pueda nuestra sociedad seguir manteniendo, por mucho tiempo más, aquellos valores de una unión monogámica como célula social, que constituye paradigma y sostén axiológico de nuestra cultura.

153 Basta para ello, considerar las pautas del Proyecto de Código Civil de 1998 y Conclusiones de las posteriores Jornadas de Derecho Civil desde 1999 en adelante.

“Cirugía mayor”, según argumentan sus autores, o, a nuestro entender, verdadera mutilación de la institución y subversión del orden público matrimonial. Cirugía por la cirugía misma, y no por la necesidad imperiosa de una reforma que aún no estamos preparados ética, ni jurídicamente, para soportar. Conscientes de que la postura que pretenden imponer es la minoritaria, excluyen voluntaria e inequitativamente a las “mayorías”, que –cabe resaltar– no toda ella está formada por personas “confesionales”¹⁵⁴. Para la inclusión de aquella minoría, hubiera bastado, por el contrario, la incorporación al sistema de uniones convivenciales, las cuales hoy resultan pacíficamente reconocidas como célula social familiar.

Sostenemos que la Monogamia es un Principio General del Derecho en la esfera del Orden Público familiar en la sociedad occidental, y es en función de ella, que se han sancionado con rigor, ya desde antaño, tanto la bigamia, cuanto el adulterio. Y, no obstante aquella libertad que señaláramos, sus cimientos fueron sólidamente resguardados a través de la evolución del derecho romano manteniéndose inmovible hasta la actualidad. Abortar del deber de fidelidad conyugal, proscribir para siempre la figura del adulterio y las injurias, abolir la cohabitación como presupuesto esencial del matrimonio, nos lleva a la desaparición progresiva de la institución matrimonial.

Ya se le ha hecho tambalear suficientemente la institución matrimonial con la ley del llamado “matrimonio igualitario”, cuyos fundamentos no compartimos, pese a que ya se ha instaurado en nuestra sociedad a partir de la Reforma de la Ley 26618/09, en aras de la “no discriminación” de una minoría homosexual, y que, corresponde poner de especial relieve, la postura mayoritaria en las últimas Jornadas de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Tucumán, fue solicitar su declaración de inconstitucionalidad.¹⁵⁵

Estamos convencidos de que el Proyecto transforma al matrimonio en una institución light. Algo semejante a lo que jerga común referimos como “touch & go”, o, peor aún, “touch & run”. La multiplicidad de lazos matrimoniales que se pueden dar con el sistema propuesto nos coloca en estado de alerta, y nos preguntamos: ¿Esto es lo que la sociedad argentina quiere? Lo ponemos, francamente, en duda.

Consideramos que el “orden público matrimonial”, está siendo sustancial y fatalmente subvertido para dar lugar a un “*laissez faire, laissez passer*”, a merced de la autonomía de la voluntad de los contrayentes, en una sociedad que se torna, así, cada vez más irresponsable.¹⁵⁶

154 Cfr. Diario CyJ, miércoles 5 de septiembre de 2012 - p. 14A - “Reforma civil, un proceso de abandono de dogmas religiosos”

155 Cfr. Conclusiones del Despacho de la Comisión 6° “Familia” en las XXIII Jornadas de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Tucumán en septiembre de 2011.

156

BIBLIOGRAFÍA:

- ALBA CRESPO J.J., “*Cristianismo y Derecho Romano*”, Revista de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina - Vol. VI (2010)
- ARANGIO RUIZ, V., *Instituciones de Derecho Romano – Reimpresión inalterada* – Traducción de la 10° Edición italiana por José M. Caramés Ferro (Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1973)
- BACIGALUPO DE GIRARD, M. , “*El Divorcio sin expresión de causa*”, en *La Familia en el Nuevo Derecho*, (Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009)
- DI PIETRO, A. (1995), *Derecho Privado Romano* – 3° Ed. – (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009)
- ENGELS, F. “*El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*”, Traducción española en Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo (Barcelona, Planeta-Agostini, 1992)
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano*, 2° Edición aumentada y corregida (Madrid, Dykinson, 2004)
- FANZOLATO, E. I., *Derecho de Familia T.I* -1° Edición (Córdoba, Ed. Advocatus, 2007)
- FARAONI, F.; RAMACCIOTI, DIR. *Derecho de Familia – Visión Jurisprudencial* (Córdoba, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, 2008)
- FERRER, F.; GALLI FIANT, M; GUITTER, A.; MEDINA, G., MÉNDEZ COSTA, J., NATALE, R.; ROLANDO, C; SAUX, E.; *Nuevo Régimen Legal del Matrimonio Civil – Ley 26.218* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2010)
- FERRER, F.; MEDINA, G.; MÉNDEZ COSTA, J.; Código Civil Comentado – Doctrina, jurisprudencia, bibliografía; *Derecho de Familia TI*, Arts. 159 a 263, T I (Bs. As. – Sta. Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007)
- GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho Privado Romano – Acciones, Casos, Instituciones* Reimpresión 4° edición reformada (Madrid, Dykinson, 1989)
- IGLESIAS, J. *Derecho Romano- Historia e Instituciones* – 11° Edición (Madrid, Ed. Ariel Derecho, 1993)
- NEME VILLAREAL, M.L., *La buena fe en el derecho romano, Extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*, (Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2010)
- PETIT, E., *Tratado Elemental de Derecho Romano* (Buenos Aires, Ed. Albatros, 1958)

RÉBORA, J.C., *Instituciones de la Familia T II – El matrimonio* (Elementos, estructura, derechos y deberes, personas, conflictos) (Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft, 1945)

VON MAYR, R. , *Historia del Derecho Romano* (Barcelona, Ed. Labor S.A., 1930)

VILLAGRA, M. “*Cana Fides*”, en *Fundamenta Iuris – Terminología, principios e interpretatio* (Almería, Editorial Universidad de Almería, 2012)

UN ANÁLISIS ACERCA DEL SIGNIFICADO DEL ENCIERRO EN LAS PRISIONES EN ROMA Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Por Romina del Valle Aramburu

Romina del Valle Aramburu. Abogada, Especialista en Derecho Penal, Profesora Adjunta Ordinaria de Derecho Romano en la cátedra III, Facultad de Ciencias Jurídicas UNLP, Auxiliar Docente, en la Facultad de Derecho, UBA; Docente Investigadora sobre Violencia de Género Proyecto acreditado de la UNLP, Asesora Legislativa en la Cámara de Diputados en el Congreso de la Nación, ex Coordinadora de Educación a Personas Privadas de Libertad (2004-2012 UNLP). Expositora-organizadora-coordinadora académica sobre Derecho Romano, Derecho Penal y Violencia de Género. Mail: rominaaramburu2@yahoo.com.ar. Tel. 0221-15-400-16-68 Domicilio: calle 40 entre 16 y 17, nro 1065 ½ La Plata, Provincia de Buenos Aires. C.P. 1900

Resumen

Se trata de un trabajo en el que recurriendo a las fuentes del derecho se trata de determinar cuál es el fundamento del encierro de las personas privándolos de su libertad ambulatoria, así vemos que, ya en la ley de las XII Tablas se regulaba ésta cuestión respecto de los deudores insolventes y una forma de asegurarse el cobro de la deuda por decirlo de alguna manera. En cambio en el ámbito público, a los fines de infringirles un sufrimiento se los encerraba ante la imputación de un delito público que fuera grave con el fin de que espere la sustanciación del proceso penal en prisión, era encadenado, hasta que finalmente se le aplicaba la pena que correspondiera. Sin perjuicio también de citar algunos de los casos contemplados en las leyendas con seres mitológicos y con personas, sin distinción del sexo, ya que las mujeres también lo padecían al igual que los esclavos.

Luego paso al estudio de un caso de la época colonial argentino con el fin de que se pueda inferir el significado del encierro que varía su sentido a lo que conocimos en la época romana, el encierro ya sí era una pena en sí misma, y con la consiguiente violación de lo que hoy conocemos como las garantías mínimas del imputado en el proceso penal.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se realizará un análisis del significado del encarcelamiento y sus implicancias jurídicas, no como pena, sino como etapa de prevención de retención de un sujeto hasta que se sustancie el proceso judicial, las consecuencias jurídicas de cómo regulaban las fuentes el mismo y como se debía llevar a cabo, aquellas situaciones que implicaban una restricción a la libertad ambulatoria del sujeto, y su trascendencia jurídica y social. Se utiliza el método comparativo histórico, por el cual se hace un estudio de una causa penal de la época de la colonia en argentina para determinar el significado del encierro. De ésta manera se pretende hacer un enfoque con otra mirada sobre los orígenes del significado de la libertad que rige como uno de los derechos fundamentales del sujeto.

I. Orígenes de la prisión:

a) *¿Podemos decir que los orígenes del encarcelamiento los encontramos en Roma?*

Cuando se habla de la cárcel inmediatamente se la relaciona con los delitos y su castigo, con la privación de la libertad, pero no siempre fue así, en los pueblos de la antigüedad como en el caso particular de los romanos fue diferente, respondiendo a su idiosincrasia y a la construcción de las normas jurídicas que hicieron con el paso del tiempo fuera determinante en lo que comprende el encierro de las personas.

Así en líneas generales vamos configurando de qué modos se sustanciaba dicha privación de la libertad.

Si bien las figuras delictivas privadas aparecieron en la Ley de las XII TABLAS, para castigar las conductas contempladas en los casos como el *furtum*, la rapina, la injuria y el *damnum*, al aplicarse las penas correspondientes a éstos delitos no necesariamente implicaban una restricción de la libertad ambulatoria, ya que si bien al principio se aplicaba antes de la escritura la Ley del Talión, luego cuando la sociedad se fue complejizando los delitos privados se castigaban con penas como las reparaciones económicas, la muerte, y en el caso de delitos públicos como la falsificación de moneda se castigaba con la deportación a una isla solo por mencionar algunos ejemplos.

Se aplicaba la sanción de la *Lex Corneliae* por el delito de falsificación de testamento (D. 48.10.2)¹⁵⁷, la deportación a una isla, por mencionar un caso, pero para responder a la pregunta inicial se debe continuar con el análisis.

157 “El que hubiese *subtraído, ocultado, robado, borrado, tachado, substituido o abierto un testamento, o el que hubiere escrito, sellado o leído con dolo malo un testamento falso, o aquél por cuyo dolo malo se hubiere hecho esto, es condenado con la pena de la Ley Cornelia*. Complementariamente en las *Sententiae* de Paulo 4. 7. 1. “*Aquél que escribiese, leyese, substituyese, sellase un testamento falso, o escondiese, substraiese o cancelase en todo o en parte uno auténtico, será sujeto a la pena establecida por la Lex Cornelia de falsis*”.

II. El aporte de la mitología con respecto a ésta cuestión

Cuando se realiza un estudio de la mitología, aparece el encierro como una idea de castigo cruel traducido en la cárcel. En la civilización griega aparece en los poemas homéricos y en la teogonía hesiódica. Lo encontramos en los mitos, en las leyendas, en la oralidad y la escritura.

Encontramos en la historia de Alóadas que eran gemelos gigantes, según la leyenda a los nueve años median trece metros, fueron rebelándose en contra de los dioses del Olimpo, encarcelaron en una vasija al dios Ares, manteniéndolo allí durante trece meses, hasta que Hermes logra liberarlo cuando estaba a punto de morir (pero la ira de los dioses hizo que los carceleros acabaran encerrados en los Infiernos, donde, atados con serpientes, deben soportar para siempre el tormento de una lechuza que les grita sin cesar). También se usaba la cárcel como simbología del infierno (o los infiernos en plural).

No es el único caso que encontramos en la mitología: por ejemplo, Leimone, hija de un noble ateniense, a la que se le aplicó el encierro como forma de castigo de una manera muy cruel, ya que, como consecuencia de haber perdido la virginidad y tener un amante antes de casarse, es encerrada por su propio padre en una casa aislada sin alimentos y en compañía de un caballo: el animal, furioso y enloquecido por el hambre, devoró a la joven¹⁵⁸. Algo muy similar con lo que le ocurrió a Silvia, cuando fue a buscar agua fue violada, inculpándose el ese acontecimiento a la víctima de su propia desgracia y su consecuencia directa haber roto los votos de castidad de las vestales, según las distintas opiniones había dos posibilidades: azotarla hasta morir (se las enterraba vivas) o encarcelarla a perpetuidad, mencionado por Livio y Dionisio de Halicarnaso¹⁵⁹.

Entre los griegos, Platón, en su obra *Las Leyes*, además de proponer la cárcel como una manera de custodiar a los deudores y algunos ladrones, lo pretende asimilar a una forma de castigo. La cárcel como medio de custodia, pero sobre todo para la retención de los deudores¹⁶⁰

III. El encarcelamiento de Pablo¹⁶¹:

Éste caso nos permite entrever bajo el contexto en que se realizaba un encarcelamiento, recordemos que Judea era una provincia romana¹⁶².

Cuando Pablo se encontraba en medio de una turba, los centuriones lo arrestaron lo encadenaron – vincula- lo llevaron a un cuartel, y éste manifestó: “Padres y hermanos, escuchen ahora mi defensa.”¹⁶³

158 Oliver Olmo, P.; *Origen y Evolución Histórica de la pena de prisión*; pág. 8

159 PAVÓN TORREJÓN, P. (2003). Madrid, *La cárcel y el encarcelamiento en el mundo romano*; pág. 79.

160 Oliver Olmo, P.; *Origen y Evolución Histórica de la pena de prisión*; pág. 9.

161 El Apóstol, nació en Tarso, entre el 5 y el 10 d. C. falleció entre los años 58 a 65 d.C.

162 Los romanos cuando empiezan la dominación le cambian el nombre de Judea a Palestina. Judea y Galilea estuvieron intervenidas por la autoridad de Roma a partir del año 63 a.c.

163 Gaius, *Institutas*, traducción de Di Pietro, Alfredo, La Plata, Ediciones Librería Jurídica La Plata, 1967, pág. 281.

El comandante mandó que lo metieran en la cárcel siendo interrogado a latigazos, pero cuando Pablo les dijo que era ciudadano romano se asustaron porque era prohibido azotar a un ciudadano antes de ser juzgado.

El día siguiente el comandante mandó que se reuniera el Consejo de los judíos para saber cuáles fueron los cargos contra él. Pablo se defendió diciendo que los testigos que habían presentado nunca presenciaron los hechos que se imputaban, los acusa de mendaces, se suspendió el juicio, pero seguía preso, con derecho a tener algunas visitas.+

IV. Ahora nos preguntamos ¿Cuáles eran los motivos por los que se procedía al encarcelamiento?

En Roma los encarcelamientos podían responder a motivos diferentes de carácter público o privado. El primero como ya dije, el encarcelamiento a la espera de que el proceso judicial llegue a su fin ante la gravedad de determinados delitos; el segundo; el encarcelamiento privado de los sujetos que no cumplían con sus prestaciones y se los retenía corporalmente hasta que apareciera el vindex, fiador o garante, que lo “salvara” de esa situación liberándolo, recordemos que en el sistema de la *legis actio per manus iniectionem* que muy bien explica Gaius en 4, 21¹⁶⁴, nos muestra como se ejecutaba al deudor insolvente .

Cuando un sujeto perdía la libertad ambulatoria como ocurría con el *iudicatus* (Gaius) o el *nexii* y el *pro iudicatus*, dicha restricción obedecía a retenerlo al sujeto para asegurarse el pago de la deuda, y la insolvencia del mismo lo llevaba a responder de la única forma que podía quedarse en poder del acreedor para no profugarse.

V- El fundamento del encierro cuando se cometían delitos públicos:

A diferencia de los delitos privada que eran considerados delitos comunes, a los *delicta publicae*, se los consideraba a sus autores como peligrosos para la seguridad del Estado y por ende no podían andar por las calles, para prevenir agiten o alienten a otros a sublevarse en contra de los intereses de Roma o de la autoridad, como forma de legitimar el ejercicio del poder soberano. Así:

En el Digesto y el Codex Ad legem Julia Majestatis, aparecen reguladas éstas cuestiones: En el Digesto, siguiendo a Ulpiano, dice: *“majestatis crimenes illud quod est adversus populum Romanum vel adversus securitatem ejus committitur”*.-”El crimen de majestas es cometido por quien es enemigo del pueblo romano o su seguridad. “- de traiciones que no sean delitos militares, como ocurría ir a una guerra, ejército o sin el mandato del emperador, el cuestionamiento de la elección del emperador, de su sucesor, el asesinato de (o conspiración para asesinato) rehenes o ciertos magistrados de alto

164 El crimen fue juzgado ante un tribunal especial (*quaestio*) por dos funcionarios (*duumviri perduellionis*).

rango, la ocupación de espacios públicos, la reunión en la ciudad de las personas hostiles al Estado con armas o piedras, incitación a la sedición o la administración de juramentos ilegales, la liberación de los presos confinados, falsificación de documentos públicos, por mencionar algunos casos.

La Ley de Majestas o *Maiestas lex*, de los períodos republicano e imperial que se ocupan de los crímenes contra el pueblo romano, provincia o emperador.

Dentro del delito de traición, encontrábamos el *perduellio*, los *perduelles* eran, enemigos públicos que llevaban armas contra el Estado, y eran considerados traidores por no tener más derechos que los enemigos públicos. La Ley de las XII Tablas castigaba con la pena de muerte el hecho de comunicarse con el enemigo o traicionar a un ciudadano entregándolo a éste. Otros clases de éstos delitos fueron castigados por “interdicción de fuego y agua”¹⁶⁵ (*aquae et ignis interdictio*), en otras palabras, el destierro.

En un período posterior el nombre de *perduellio* dio lugar a la de *laesa majestas, deminuta o majestas minuta*, o simplemente *majestas*. La *lex Julia majestatis*, a la que ha sido la fecha del 48 AC aproximadamente, siguió siendo la traición a la patria hasta el último período del imperio.

En tiempos del Imperio ley majestas, contempló la figura del delator.

El castigo de la época del Emperador Tiberio¹⁶⁶ era la muerte por decapitación y la confiscación de la propiedad. Un traidor no puede hacer un testamento, una donación o emancipar a un esclavo.

En tiempos de Justiniano al sujeto encarcelado se lo tenía encadenado- in vinculus- y ¿quién daba la orden? Lo podían hacer los magistrados superiores, en Constantinopla el Praefectus urbis y en las provincias los Praesides y los defensores civitatum en las distintas localidades.

VI- ¿Podría pensarse en la exclusión social del individuo?

Podría hacerse un análisis de ésta clase en una concepción moderna del encierro pero en la antigüedad romana, el encierro era una consecuencia de la pena que venía después, ya que servía para prepararlo para que llegue con sufrimiento a su condena a muerte, con la excusa de la espera de la definición como ya se dijo del proceso judicial. Lo que en la actual causaría el repudio social la comisión de ciertos delitos, en Roma eran repudiados con furia los que atentaban contra la seguridad del Estado a través de “revueltas” de líderes carismáticos como ocurrió con Jesús cuando Judea era provincia romana. Dicho de otra manera no se lo encerraba al sujeto para disciplinarlo como en la actualidad vista desde la concepción del encierro penitenciario sino para que espere su muerte.

Más que una exclusión social, como la entendemos en la actualidad, podemos decir que la prisión era

165 Tiberius Claudio Nero, nació el 16 de noviembre del año 42 a. C. murió el 16 de marzo de 37 d.C., reinó desde el año 14 hasta su muerte, perteneció a la Dinastía Julio Claudia, era hijo de Tiberio Claudio Nerón, de la gens Claudia.

166 Oliver Olmo, P.; *Origen y Evolución Histórica de la pena de prisión*; pág. 9.

una forma de asegurarse la prosecución del proceso y el sometimiento del sujeto.

VII- La Cárcel Mamertina:

La Cárcel Mamertina o el Tullianum era una prisión (cárcel) ubicada en el foro romano en la Antigua Roma. Fue construida en el año 386 a. C., se cree que fue hecha para que funcione como cisterna. Se encontraba en el noreste del monte Capitolino, frente a la Curia y los foros imperiales de Nerva, Vespasiano, y Augusto. Ubicada entre ella y el Tabularium (archivo) estaba un tramo de escaleras que llevaba al Arx del Capitolio, conocido como las Scalae Gemoniae. Su finalidad es que “fue erigida para infundir miedo en la plebe”¹⁶⁷

Si bien no hay certeza acerca de los orígenes del nombre de la prisión. Tradicionalmente se consideraba que el nombre clásico, *Tullianum*, derivaba del rey romano Tulio Hostilio o Servio Tulio (esto último lo dice Livio, Varro y también Salustio); otros lo relacionan con la palabra, *tullius* «un chorro de agua», en referencia a la cisterna. El nombre «Mamertina» es de origen medieval, y puede hacer referencia al cercano templo de Marte, o a la leyenda de San Pedro, de quien la leyenda dice que estuvo aquí encarcelado antes de su martirio.

Se tenía a las personas encarceladas hasta que se hacía el desfile y se las estrangulaba en público, a menos que murieran de causas naturales antes, ya que las condiciones de hacinamiento eran infrahumanas. Se encarcelaba a los individuos mientras se esperaba la concreción del proceso judicial¹⁶⁸ ello se desprende de las fuentes: “Si el reo hubiere confesado, es puesto en prisiones públicas hasta que, respecto de él se sentencie- Si confessus fuerit reus, donec de eo pronuntietur, in vincula publica coniciendus est”¹⁶⁹

Así el Estado romano pretendía ejercer su poder sobre los delincuentes, pretendiendo racionalizar el uso de la violencia imponiendo una violencia superior a la de sus víctimas a las cuales les aplicaba su poder coercitivo al darles muerte, que según el pensamiento actual sería seriamente cuestionado si la misma cumple con los fines de la pena en sí misma o si hay un correlato entre el delito cometido y la sanción de la muerte. Pero adaptada a la idiosincrasia romana está justificada, ya que si el pater en una época tuvo potestad para matar a su filius bien podía hacerlo con el autor de un delito, transformándose el Estado en un pater familias, que bien podía obrar de la misma manera.

Si nos ponemos a analizar el encarcelamiento de los cristianos, el mismo no tuvo un fin de prevención general, para que el resto de la sociedad no lo haga, sino que por el contrario los mismos entregados a su fe, no les importó sufrir las consecuencias de la prisión y posteriores ejecuciones tan crueles como refieren las crónicas. El Estado uso esa forma de ejercer presión para obligarlos a

167 En tiempos de Antonino, en CJ 9.47.6 se critica el encarcelamiento que se dilataba en el tiempo, ya que un condenado no podía estar preso a perpetuidad: “Incredibilis esti quod allegas, liberum hominem, ut vinculus perpetuis continerentur, esse damnatum hoc enim vix in sola servili conditione procedere potest”.

168 D. 48, 2,5 –De iudiciis publicis.

169 D.48,3,1.- Ulpianus-

abandonar el culto bajo pretexto de la imposición de una pena por la comisión de un delito público.

El Estado lo tomó como una actitud desafiante y no tuvo piedad con ellos, ello me parece que no era observable en los delitos de otra índole, la profesión de la fe cristiana se basaba en un sentido común y el temor constante de los gobernantes o quienes ejercían en general el poder político, que ante mínimas situaciones veían amenazados el mismo (poder).

VIII- Regulaciones de las Fuentes:

En tiempos de Justiniano a través de normativas expresas se trató de poner fin a los encarcelamientos privados, en el año 538 se da cuenta de la existencia de una cárcel privada en la que se encontraban alojadas muchas personas, la misma pertenecía a una familia de oxirrinco.

A) Regulaciones del Corpus Iuris Civilis: Encontramos las siguientes:

a) De custodia et exhibitioe reorum- De la custodia y exhibición de los reos: refiriéndose a las funciones del Procónsul, éste va a decidir si la persona va a ser encarcelada teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: el delito que haya cometido, si será entregada a los militares o fiadores, sus cualidades como la honnoralidad, la inocencia, la dignidad del imputado – De custodia reorum Proconsul aestimare solet utrum in carcerem recipienda sit persona, an militi tradenda, vel fideiussoribus, committenda, vel etiam sibi. Hoc autem vel pro criminis, quod obiicitur, qualitate, vel propter honorem, aut propter amplísimas facultates, vel pro innocentia personae, vel pro dignitate eius, qui accusatur, facere solet-¹⁷⁰

b) Se planteó una controversia con respecto a los esclavos si debían ser sometidos a juicio público por un delito capital se estableció que, si se promete su comparendo en el caso de que alguien haya dado fianza por él, caso contrario debe encerrarse en una cárcel pública.¹⁷¹ El sujeto allí está solo y deberá ejercer su propia defensa. Merece un análisis aparte como la “res” puede delinquir en el sentido actual de la punición, interpreto que se refiere al sentido antiguo de “reparación del daño causado”, no nos tenemos que olvidar que en algunas figuras que tipificaban los delitos privados se contemplaba la acción del esclavo.

c) Un Edicto de Domiciano¹⁷² decía que no debía aplicarse el senadoconsulto que establecía lo referido anteriormente a los esclavos “porque la misma ley prohíbe que él sea dejado en libertad antes de ser juzgado”¹⁷³, la misma ley contempla lo injusto en que puede devenir la norma al determinar como una “interpretación demasiado severa tratándose de aquél cuyo señor estuvo ausente , o por si,

170 D. 48, 3,2 -Papiniano-

171 Tito Flavio Domiciano, nació en Roma el 24 de octubre del año 51, falleció el 18 de septiembre del año 96, fue emperador desde el 14 de octubre del año 81 hasta el día su muerte, perteneció a la dinastía flaviana.

172 D. 48,3,2,1- Papiniano-

173 D. 48, 3,2, 4 -Ulpiano-

su pobreza no pudo en aquél momento prestar la fianza”, por lo que si, a posteriori se paga la misma tiene derecho a recobrar la libertad.

d) El exhibido no puede ser encarcelado por delitos anteriores-qui exhibendi postulati sunt, propter aliam causam alterius criminis, quod ante admissum est, rei non recipiuntur ex Senatusconsulto-¹⁷⁴.

e) Pío¹⁷⁵ dispuso que no deben ser encarcelados los que ofrecen fianza, salvo que se trate de un “grave delito, que no deba ser encomendado ni a fiadores...sino sufrir ésta misma pena de cárcel antes del suplicio”¹⁷⁶ se observa además que de la fuente emerge la palabra “poena” entendido como una espera a la aplicación de la ejecución de la pena de muerte y no en ese sentido, como ya se explicó de castigo o punición como la entendemos en la actualidad.

f) En el caso de que el reo no sea presentado y se hubiese dado fianza por él, se castiga con pena pecuniaria al infractor¹⁷⁷.

Entre las funciones de los presidentes de las provincias romanas se regulan las cuestiones relativas a las prisiones, haciéndose las siguientes consideraciones:

g) Los presidentes solicitan a sus colegas del lugar donde reside el delincuente a que lo restituya para ser sometido a proceso y ser sentenciado¹⁷⁸.

h) Si un alcalde a cambio de dinero fue sobornado para que estuviere sin grilletes un preso, para que entren armas o veneno será castigado al presidio (dolo), y se lo removerá de su cargo cuando ignore que ha ocurrido lo descrito antes (culpa)¹⁷⁹.

i) También incurrían en responsabilidad los soldados (militares) a quienes se les escaparan los presos determinándose dos aspectos dentro de la negligencia de éstos. La culpa leve y la grave siendo castigados por ésta última, también si sabía que podía evadirse (dolo), si actuó embriagado o por desidia era castigado haciendo las peores tareas en la milicia, en cambio no recibía castigo si era por caso fortuito¹⁸⁰.

j) También estaba previsto que en los casos que los magistrados dejaran en libertad sin motivos a los presos, el Proconsul y otros más, serán castigados con multas a quienes lo hubiesen hecho, presumo que se refiere a la custodia, y se encerrarán a los que habían sido liberados¹⁸¹, presumo que es para evitar la corrupción de que cualquiera fuera liberado sin motivos aparentes, cuando no

174 Tito Fulvio Boyonio Arrio Aurelio Antonino Pío, nació el 19 de septiembre del año 86 y murió el 7 De marzo del año 161. Perteneció a la gens Aurelia.

175 D. 48, 3, 2, 3 –Ulpiano-

176 D. 48, 3,2,4 –Papiniano

177 D. 48, 3,7.

178 D. 48, 3, 8.

179 D.48,3,12.Calístrato. De las Jurisdicciones.

180 D.48,3,10.

181 D. 48, 3, 11. Celso.

correspondía, teniendo jurisdicción sobre el caso el Presidente de la provincia en donde hubiese estado encerrado el prisionero¹⁸¹.

k) También se contemplaba la conspiración para evadirse del encierro el castigo iba a ser más severo que el motivo por el cual estaban en prisión, sin embargo se contemplaba la no punición para los delatores de tales eventos¹⁸².

IX. En el período colonial argentino:

A) Análisis de una causa judicial:

Con el análisis de una causa de la época colonial argentina podemos observar algunos aspectos de como operaba el encierro y sus consecuencias, a través del relato que voy a hacer de un proceso judicial.

Se trata de una causa que se inicia en el año 1759, en la ciudad de Buenos Aires, en virtud de un homicidio que resulta como consecuencia de una pelea, una persona fue herida de gravedad y posteriormente murió (en el curso del proceso), es de ésta manera y a partir de aquí que se produce una serie de actos con repercusiones jurídicas: aprehensión de la victimaria- una mujer-, a la que se le toma juramento de decir verdad, hay un relato de los hechos que son descriptos, los presuntos motivos por los que se cometieron, se citarán a declarar a los testigos, al cirujano que revisó al herido, por mencionar algunos.

La víctima resultó ser un indio llamado Pablo Morillo; la victimaria fue su esposa María Josefa también india quien resulta privada de su libertad a raíz de esto, y antes de que Morillo falleciera se le tomó declaración bajo juramento.

Sucedidos los hechos inmediatamente se produce la aparición de la dueña de la casa Paula Suelos, quién narra las circunstancias aparentes de cómo acontecieron los hechos, se le tomó declaración bajo juramento. Fue la persona que dio aviso al comisario para que la lleven presa a la homicida.

La autoridad concurre a la cárcel para tomarle declaración bajo juramento de decir verdad a María Josefa, con cumplimiento de datos identificatorios y lugar en que vivió anteriormente. Se describen los hechos como ocurrieron: cenaron, soñó que su esposo la quería matar, que lo creyó al despertar ya que había habido amenazas previas hasta que finalmente lo apuñaló.

Producida la muerte de Morillo, es ratificada por quienes lo atendieron en el hospital en el que se hallaba.

182 D. 48, 3, 13.

Una de las primeras testigos en declarar es María Cortés, se le toma juramento de decir verdad y que no la comprenden las generales de la ley, ya previstas desde ese entonces, manifestando que no los vio desde el día del casamiento e hizo buenas referencias: como que la victimaria en esos tiempos era buena y obediente, y no tiene conocimiento de malos tratos; luego declaran dos testigos más: manifestando que a las partes en cuestión las conocía de vista, y que el fallecido no castigaba a su esposa.

Se utilizaba el secuestro de los bienes de los acusados y confiscaba los de los condenados.

En la causa se hace indicación de la fecha en letras, y el lugar de asiento judicial “Ciudad de la Santísima Trinidad y Puerto de Santa María de los Buenos Aires”. Se indica porqué el hecho se inicia: con motivo de que una persona resultó malherida y al darse aviso de quién presumiblemente cometió el hecho delictivo, se la ha aprendido para que quede presa a disposición de las autoridades. Se hace una descripción del hecho que motivó las actuaciones y se prevé la realización de actos que requiere la urgencia del caso (por ejemplo el informe del cirujano).

Se debe tener en cuenta que, “*Como consecuencia del carácter inquisitivo del proceso criminal fue el uso del tormento para obtener la confesión del presunto reo y la declaración veraz de los testigos, ya que pasaba a ser del mayor interés público el conocimiento de la verdad y el castigo de los culpables, la tortura no fue considerada nunca como una pena, sino como una institución probatoria vinculada a la etapa del juicio, así lo decían las Partidas*”.¹⁸³

*Su aplicación fue objeto de una detallada reglamentación, para atormentar a un acusado era indispensable que estuviera semiconvicto (si no había motivos bastantes contra él, si estaba plenamente convicto no procedía la medida), que el delito cometido mereciera pena de muerte o corporal (la inquisición de la verdad no debía ser más dolorosa que la pena); que no se tratará de persona exenta por el derecho, como los menores de catorce años y mayores de 70, mujeres preñadas, enfermos graves, salvo por delitos graves, los nobles, clérigos, soldados, caballeros en general*¹⁸⁴. *La imposición del tormento tenía un procedimiento de intimaciones previas, suplicios progresivos, pausas y una duración limitada. La confesión hecha durante su transcurso no tenía validez si no era ratificada voluntariamente dentro de las 24 hs., salvo el caso de los delitos más atroces, quien negaba solo podía ser atormentado dos veces y si persistía en la negativa debía ser declarado inocente.*¹⁸⁵

183 Levaggi, A. (1978). *Historia del Derecho Penal Argentino*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As. Ed. Perrot. capítulo II, págs. 28 y 29.

184 íbid. pág. 29, parágrafo 7.

185 íbid. pág. 30, parágrafo, 7, último párrafo.

B) Finalidad de las penas y el fundamento del encierro:

De acuerdo a las determinaciones de Las Partidas, la pena es la reparación del daño y castigo impuesto según la ley al delincuente por el delito cometido. El fin político perseguido por la ley penal fue represivo. La doctrina de los autores incluyó entre los fines de la pena, la corrección del delincuente, de ésta manera: "la pena se refiere bajo distintos aspectos al delincuente, y a los demás. A aquél se le aplica la pena para que conozca el mal que hizo, puesto que si lo hecho no fuera malo, nos e castigaría con penas, (expiación). Cuando el pecador ya aprendió que era malo lo hecho, la pena le presta otra ventaja, y es que le evita a apartarse de ello y a enmendarlo (corrección)".¹⁸⁶

La aplicación de las penas constituía una forma de intimidar al resto que había pensado en cometer un mal, era el fundamento de las sentencias condenatorias.

Iguals fines tuvo el ceremonial solemne adoptado para la ejecución de las sentencias, particularmente la de muerte, penas corporales y vergüenza pública, consistente en el pregón de la sentencia que había de cumplirse (lectura en los lugares acostumbrados de la ciudad); paseo del reo por las calles con escolta de funcionarios y tropa; imposición del castigo a la luz del día y a la vista de todos, y por último en caso de pena capital, posible exhibición del cadáver o de sus cuartos enos sitios más transitados, para que el efecto buscado fuera mayor, la ejecución debía hacerse en la misma localidad dónde el reo había cometido su crimen.

Solo por razones muy poderosas dejó de observarse la regla de la publicidad, por ejemplo, el que iba a ser ajusticiado era un hidalgo, la intimidación se buscaba más por la publicidad que por la crueldad del castigo.

Se consagra el principio de desigualdad de la ley penal, ya que la sociedad indiana estaba estratificada por estamentos, dotado cada uno de ellos de su propio status jurídico. El interés de la Corona por favorecer a determinados sectores sociales, fuera tanto por razones de nacimiento como de servicio, hizo que no solo les concediera o reconociera el privilegio de ser juzgados por sus iguales (fuero personal), sino además de recibir a iguales delitos.

Sin embargo cuando la Corona se propuso combatir determinados delitos, ya sea por su gravedad o por su frecuencia, no dudó en derogar los referidos privilegios, se estableció que las penas correspondientes fueran aplicadas a todos los autores, cualquiera fuese su estado y condición. Los delitos de lesa majestad divina y humana, sodomía, quiebra fraudulenta, desafío, estuvieron entre los exentos de todo privilegio. A fines del período indiano seguía siendo objeto de aceptación general el principio de la desigualdad social de las penas.¹⁸⁷

C) *El Tormento*: El proceso penal indiano fue inquisitivo, el Estado tomaba la iniciativa en la averiguación de los delitos considerados públicos (de lesa majestad, homicidio, fuerza, etc.), enla

186 *ibíd.* pág 53, capítulo V.

187 *ibíd.* pág 56, capítulo V, último párrafo.

aprehensión y juzgamiento de los delincuentes y en la aplicación de los castigos, a fin de dejar satisfecha la vindicta pública.¹⁸⁸

Confirmada la sentencia de muerte el reo era puesto en capilla, de uno a tres días, a fin de prepararse a morir, en ese lapso era confortado por religiosos y era custodiado para evitar su fuga. El día de la ejecución no debía ser festivo.¹⁸⁹

D) El Presidio: la reclusión en presidio siempre fue considerada como castigo, no solo era el encierro, sino la reclusión en un establecimiento determinado (el presidio) con el fin de hacer trabajar al reo en obras de interés público, para que de ese modo reparara el daño causado a la sociedad. De esta manera la condena adquirió una gran importancia desde el punto de vista económico y militar. El máximo de duración era de diez años, pero existieron casos en que se aplicaron por tiempo indeterminado.¹⁹⁰ Los lugares a los que eran destinados a trabajar los presidiarios eran los siguientes: las galeras, los presidios y arsenales,¹⁹¹ trabajos en las minas, servicio de armas, servicio en obras de interés públicas, servicio en establecimientos de particulares,¹⁹² también existieron los presidios para mujeres.¹⁹³

También se vio a la prisión: como medidas destinadas a asegurar la persona del acusado o del reo, según el caso y evitar su fuga¹⁹⁴. En casos excepcionales se estableció como pena, en castigo a determinadas faltas.

E) Las normas jurídicas vigentes:

Encontrábamos además las Leyes españolas “para todos los territorios de América y Filipinas”, cédulas reales, y otras.

La idea de formar un cuerpo legal quedó en manos del Consejo de Indias, ésta labor fue la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, que Carlos II promulgó el 18 de mayo de 1860. Éste ordenamiento resultó el más importante y estuvo en vigor hasta el final de la dominación hispánica. Estuvo dividido en nueve libros, contiene la mayor parte de las normas que entonces estaban en vigor, aunque se encontraban distribuidas algo desordenadas se incluían además a algunas que se encontraban derogadas. La obra sirvió para ahondar el conocimiento del derecho indiano, tuvo ediciones en los años 1681, 1756, 1774, 1791 y 1841.

También encontramos “Las normas jurídicas que tuvieron vigencia en las Indias durante los tres siglos de dominación española, reconocen como es sabido, distintos orígenes, no obstante lo cual llegaron a conformar un sistema jurídico armónico, llamado “CORPUS IURIS INDIARUM”.¹⁹⁵

188 *ibíd.* pág 27, capítulo II, parágrafo 6.

189 *ibíd.* pág 59, capítulo V, párrafos tercero y cuarto.

190 *ibíd.* pág 66, capítulo V, segundo y tercer párrafo.

191 *ibíd.* págs. 68 y 69, capítulo V.

192 *ibíd.* págs. 70 y 71, Capítulo V.

193 *ibíd.* pág. 72, capítulo V, segundo párrafo.

194 *ibíd.* pág. 73, Capítulo V, parágrafo 41.

195 *ibíd.* pág. 17.

Reglas como las de GAIUS: “Los reos son más favorecidos que los actores”, o la de Paulus: “Casi en todos los juicios penales es socorrida la edad y la imprudencia”, fueron conocidas y aplicadas por los tribunales indianos;

La imposición por los juegos ordinarios de penas de azote, trabajos públicos y presidio, sin formación de causa ni de consulta al Tribunal Superior, en visita de cárcel o no, las facultades judiciales estaban reguladas en las capitulaciones¹⁹⁶

Fueron prácticas introducidas por la costumbre pese a haber expresas disposiciones legales en contra.¹⁹⁷ Se encarcelaban a los habitantes que delinúan y que vivían en esos lugares, al resto si provenían de otras regiones se los expulsaba, se encomendaba del siguiente modo: “*Mandamos a nuestros Virreyes, Presidentes, Audiencias y Gobernadores, que a los que así fueren condenados, y penitenciados extranjeros de cualquier nación o de los mismos naturales, los hagan embarcar y que sean traídos a éstos reinos, sin consentir que por ningún caso queden en las dichas provincias, y que en ello tengan particular cuidado*”¹⁹⁸.

X- Consideraciones finales:

Hice un camino de varios siglos desde la historia de Roma, su análisis de por qué, cómo y bajo qué condiciones se encerraban a las personas restringiéndoles la libertad ambulatoria, de acuerdo a lo establecido por las leyes, así en Roma había que encerrar al sujeto a la espera de la sustanciación del juicio. Cuando se trataba de delitos públicos, el encierro era la forma de garantizar que iba a realizarse el proceso en su contra hasta el final y por la clase de acusación que se le hacía. No se puede dejar de lado la restricción de la libertad por el encarcelamiento privado por deudas, que fue finalmente abolido.

Se cuidó así a Roma en lo que respecta a ciertos delitos que implicaban la sublevación en contra de ésta, como ser enemigo del pueblo romano o su seguridad, la reunión de personas hostiles al Estado que estén armados con piedras, por mencionar algunos casos. Así los acusados, a la espera del juicio eran encarcelados, por lo tanto la imposición del vinculus o encadenamiento con el fin de que llegue a cumplir eventualmente la pena de muerte pero con el sufrimiento previo dado por ese encadenamiento, y secundariamente para que no se profugue. En las normas se prohibió expresamente el encierro de por vida, a perpetuidad tal como se señaló, ya que el fin del encierro no era ese. La cárcel pública romana era una forma de dominación ejercida por el Estado, era el ejercicio del poder represivo en contra de los habitantes en el sentido literal de la frase, a diferencia de lo que ocurre en la concepción actual de los delitos y de las penas, en el que el poder represivo no se ejerce con la violencia física o castigos físicos a los encarcelados, sino con la represión de la efectiva aplicación de las penas en el marco legal, la violencia física ejercida por el Estado romano hacia los encarcelados y la crueldad de algunas penas respondían más que a los fines preventivos a obligar a

196 LÓPEZ ROSAS, J. (1963). *Ensayo de Historia Constitucional Argentina*, 2 tomos. Santa Fe. Abad y Beigbeder Editores. pág. 27.

197 Levaggi, *ibíd.* pág 19

198 Solórzano Pereira, Juan de; *Libro primero de la Recopilación*, Bs. As., 1945, t. II, p. 262.

las personas a no realizar ciertas conductas en los que se tocan los intereses del Estado, por ejemplo profesar la fe católica, ante el temor y la inseguridad de la clase política dominante con respecto a la expansión de ésta nueva religión.

La importancia además, que éstos pueblos de la antigüedad como el romano ya regulaban las cuestiones relativas a la ejecución del encarcelamiento como: las circunstancias que había que tener en cuenta para decidir que una persona fuera a prisión, qué autoridades la llevarían a cabo, la discusión doctrinaria que se planteó con respecto al encarcelamiento de los esclavos, la fianza para evitarla y lo injusto de que una persona por no poder pagarla fuera a prisión. También se contemplaban los sobornos, la remisión del delincuente para ser juzgado, lo que se aproximaría lo que hoy conocemos como la “extradición” con la diferencia que se realizará entre distintas regiones que estaban bajo la órbita de Roma, más que entre países como las conocemos actualmente, también las sanciones para los funcionarios que tenían que actuar en las cuestiones relativas a las prisiones y no lo hacían conforme a derecho.

Por último se realizó un contraste de cómo operaba el encarcelamiento de una persona en el derecho colonial argentino a partir del análisis de una causa de la época colonial y la influencia de las Partidas de Alfonso El Sabio. Se observa como entran en juego otras cuestiones evidenciadas en la práctica y legales si se quiere, como la imposición de las torturas para obtener la confesión del reo y el carácter inquisitivo de proceso penal, además, en ésta época el encarcelamiento sí operaba como una pena, salvo que correspondiera aplicar otra.

BIBLIOGRAFIA:

- GAIUS, *Institutas*, traducción de Di Pietro, Alfredo, La Plata, Ediciones Librería Jurídica La Plata, 1967.
- IBÁÑEZ, FROCHAM. (1938) *La Organización Judicial Argentina*; época colonial y antecedentes patrios hasta 1853. Editorial La Facultad.
- JUSTINIANO, DIGESTO; (1969) Versión Castellana por A. D'ors, Editorial Aranzadi; Pamplona.
- LEVAGGI, Abelardo. (1978). *Historia del Derecho Penal Argentino*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As. Ed. Perrot.
- LEWIS, Boleslao. (1962.). *La Inquisición en Hispanoamérica*, Judíos, protestantes y patriotas, Bs. As. Ed. Paidós.
- LÓPEZ ROSAS, José. (1963). *Ensayo de Historia Constitucional Argentina*, 2 tomos. Santa Fe. Abad y Beigbeder Editores
- OLIVER OLMO, P.; *Origen y Evolución Histórica de la pena de prisión*; consultado en <http://www.uclm.es/profesorado/poliver/pdf/desorden/historiaPrision.pdf> consultado el 10 de marzo de 2013.
- PAVÓN TORREJÓN, Pilar. (2003). *La cárcel y el encarcelamiento en el mundo romano*. Madrid. Editorial: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. (1945). *Libro Primero de la Recopilación de las cédulas, cartas, provisiones y ordenanzas reales*, t. II. Bs. As. Editorial Guillermo Kraft Ltda.
- La Cárcel Mamertina en [-http://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%A1rcel_Mamertina](http://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%A1rcel_Mamertina) consultado el 10 de marzo de 2013

La Sagrada Biblia

EL ABUSO DEL DERECHO: ORIGEN ROMANÍSTICO DEL INSTITUTO, SU APLICACIÓN Y RECEPCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Daniel Gerardo Bonjour
María Vanesa Valenti
María Fernanda Villulla

Daniel Gerardo Bonjour es abogado, profesor de Derecho Romano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. María Vanesa Valenti es abogada, profesora de Derecho Romano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. María Fernanda Villulla es abogada, profesora de Derecho Romano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

I. INTRODUCCION

Expresa el Profesor colombiano Rengifo García que, *“Los principios son partes integrantes y esenciales (potissima pars principum est) de los ordenamientos jurídicos. Entendidos como elementos esenciales contribuyen a la creación y adecuación del ordenamiento y a su interpretación. De ahí que se diga que los principios son integrativos, creativos, interpretativos, delimitadores y productores”*¹⁹⁹; luego entonces, los principios generales cumplirán la función integradora, viniendo a llenar las lagunas de las normas; la función interpretativa, en el sentido de entregar al juez un modelo de subsunción del presupuesto de hecho en el enunciado normativo; la función delimitadora, poniendo un muelle a las competencias; la función productora, en el sentido de ofrecer valores sobre los cuales se funda integro del ordenamiento y, finalmente, una función creadora.

Según el Profesor Dr. Norberto Darío Rinaldi, los “Principios Generales del Derecho” al que acuden hoy los legisladores para llenar los vacíos de los sistemas legislativos son una formulación genérica que..., no tiene una interpretación unívoca en la doctrina; los define expresando, “Habida cuenta de los elementos que a nuestro juicio son propios de los Principios Generales del Derecho, nos animamos a definirlos como **normas jurídicas vinculantes, universales, perfectas, generales, supletorias de los sistemas jurídicos vigentes que deben ser utilizadas para los casos en que cada sistema jurídico no pueda resolver una cuestión.**”

199 Rengifo García, Ernesto. *Del abuso del derecho a la posición dominante*, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ed., 2004).

En nuestro derecho la referencia legislativa se halla contemplada por el codificador en el artículo 16 del Código Civil al decir “*Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*”; el artículo establece el orden de normas y principios a los cuales acudirá el operador del derecho para hallar la solución al conflicto que se le presente; fija como última instancia los principios generales del derecho.

Nuevamente, el profesor Rengifo García explica que, “*Ciertos y renombrados adagios romanos les han servido a los autores para prohibir o rechazar la figura del abuso del derecho en la experiencia jurídica romana. Los adversarios de su existencia esgrimen los siguientes:*

GAYO, expresa, Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur (Se considera que no causa ningún daño quien de su derecho usa);

PAULO, señala que, “Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere ius non habet” (Ningún daño causa salvo el que hace lo que no tiene derecho a hacer);

Y, finalmente la máxima de ULPIANO, Neminem Laedit, nemo damnum facit, qui suo iure utitur (Quien usa de su derecho, a nadie perjudica y ningún daño causa).

Por su parte, los defensores del abuso del derecho se valen de las siguientes reglas: Male enim nostro iure uti non debemus (No debemos usar mal de nuestro derecho); así también lo expresa Gayo en sus institutas al decir “*Pero en estos tiempos no le es lícito a los ciudadanos Romanos ni tampoco a ninguno de quienes se encuentran bajo el imperio del pueblo Romano, enseñarse con exceso y sin causa en sus esclavos, puesto que en virtud de una constitución del emperador Antoninus, quien matare a un esclavo sin motivo, está considerado en la misma situación de quien matare a un esclavo ajeno. La misma constitución imperial reprime también la dureza en el trato de los “domini” a los esclavos, pues consultado por ciertos gobernadores (praesides) de provincias acerca de la conducta a seguir respecto de los esclavos que se refugian en los templos de los dioses o en las estatuas de los príncipes, ordenó que si el rigor de los “domini” se consideraba intolerable, se los constriñera a vender a sus esclavos. Y en ambos casos tuvo razón, ya que no debemos abusar de nuestros derechos, y es por esta causa que se prohíbe a los pródigos la administración de sus bienes*”.²⁰⁰ Jossierand, según el cual la teoría del abuso del derecho no es tan moderna, encuentra en las fuentes jurídicas romanas el polo generador de su doctrina sobre la relatividad de los derechos subjetivos. Citando a Appleton dice que éste último escribió que “*la teoría del abuso es tan poco moderna, que sobre ella se basa toda la evolución del Derecho romano partiendo del Derecho estricto hacia la equidad; la evolución remonta hasta las XII Tablas, para alcanzar la famosa definición de Celso: “Jus est ars boni et aequi”, así como la afirmación no menos célebre de Paulo: “non omne quod licet honestum est”*”.²⁰¹

“Puede decirse que desde Roma, y con la discusión entre sabinianos y proculyanos, se inicia la consideración

200 5 GAIUS, *INSTITUTAS*. Texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, 1.53, Ediciones Librería Jurídica, abril de 1967, Pág. 26.

201 6 Esto en “Ch. Appleton. Les exercices pratiques dans l’enseignement du droit romain et plab d’un cours sur l’abus des droits, en la Revue intern de l’enseignement, 1924, p. 151 (Según Cita de Jossierand, en < EL ESPÍRITU DE LOS DERECHOS Y SU RELATIVIDAD>, Editorial José M. Cajica, Puebla, Mexico, Julio de 1946) Pág., 9.

del tema, al tratar la aemulatio, o sea la ejecución de un acto animus nocendi, realizado con intención dañosa, que inspiraba el ejercicio de derecho por envidia, celos, malignidad, despecho. Los sabinianos defendían el ejercicio absoluto; los proculeyanos preconizaban la consagración de normas que sancionaran el ejercicio dañoso.

En este orden de ideas, podemos afirmar, que la teoría de los actos de emulación sería el antecedente de la noción de abuso del derecho. La aemulatio, consistió en el ejercicio de un derecho subjetivo con la intención de causar un perjuicio a otra persona o a un bien ajeno. Su teoría se desarrolló propiamente respecto de las relaciones de vecindad, y así, el Digesto dispone que *“Respondió Aristón a Cerelio Vital que él no creía que hubiese derecho a echar el humo de una fábrica de quesos a los edificios superiores, a no ser que existiese tal servidumbre. Y dice el mismo, que tampoco es lícito echar agua, ni otra cualquier cosa, de un fundo superior a los inferiores, porque solamente le es lícito a uno hacer alguna cosa en su propiedad en tanto no se entrometa en los ajenos y la del humo, como la del agua, es una intromisión; por consiguiente, que puede demandar el dueño <del fundo> superior al inferior, alegando que éste no tiene derecho para hacer tal cosa...”;*²⁰² y por otro lado, también derivado del Digesto pero en este caso del Libro XLIII, Título VIII, 2, dice *“ULPIANO; Comentarios al Edicto, Libro LXVIII. –Dice el Pretor: <<No hagas en lugar público, ó introduzcas en este lugar cosa alguna, por la cual se le causa a uno algún daño, excepto aquello que por Ley, Senadoconsulta, Edicto, ó Decreto de los Príncipes se te concedió, pues por lo que de esto se hubiera hecho no daré interdicto>>”*²⁰³

Dice entre nosotros Santos Cifuentes al tratar el tema, que *“La teoría del abuso del derecho tuvo sus primeras formulaciones en la jurisprudencia francesa...”* No es casual que el abuso del derecho surja en la jurisprudencia francesa, pues el Código Napoleónico significa “la consagración históricamente de dos rasgos jurídico-culturales que la figura está destinada a corregir (...) el formalismo legal (...) y (...) lo que podríamos llamar el absolutismo de los derechos”.

El abuso del derecho nace como una reacción jurisprudencial frente a la dogmatización del derecho subjetivo y que, como expresa Fernández Sessarego, *“constituyo en sus inicios una manera de atenuar el absolutismo de los derechos subjetivos, sin perder los privilegios concedidos al individuo, al mantener la figura dentro del campo de la licitud”*.

En este aspecto, le correspondió al Tribunal de Colmar, en el año 1855, establecer que los derechos tienen como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo de sentenciar a favor de un ciudadano afectado por la chimenea de su vecino, al que no le producía ningún beneficio y que actuaba maliciosamente. De esta sentencia nos dice Sessarego que: *“En ella encontramos tanto el reflejo de una concepción del derecho como el embrión del instituto del abuso del derecho”*. Un año después el tribunal de Lyon sanciona tal como lo expone Cifuentes que *“...La Corte de Casación de Lyon, en 1856, fundada en la falta de interés del propietario, declaro ilegítimo que este hubiera abierto un pozo en su propiedad para*

²⁰² 7 El Digesto de Justiniano. Tomo I, 8.5.8.5, (Pamplona, Editorial Aranzadi 1968), Págs. 367-368.

²⁰³ 8 CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Ildefonso L. García del Corral, Primera Parte INSTITUTA-DIGESTO, Barcelona, Jaime Molinas Editor-Consejo de Ciento N° 287, año 1889. DIGESTO.- LIBRO XLIII, Título VIII, 2pr., pág. 414

interceptar la napa subterránea de agua y volcarla con bombas a un arroyo, ocasionando daño al vecino que se surtía de esa napa...". Y así también en 1913 trasciende la sentencia del Tribunal de Compiègne en el caso conocido como Clément-Bayard, en la que se establece que *"el ejercicio del derecho no puede tener un fin distinto de aquel para el que ha sido reconocido por nuestro legislador"*.

La aclaración que no puede obviarse al referirnos a estas decisiones judiciales es sobre el real significado de su atribuido papel innovador. La misma que puede considerarse justificada si se la entiende no como la moderación, en base a criterios de equidad, en la aplicación de un derecho rigurosamente formal sino como una ruptura que manifiesta el resultado de la pérdida progresiva de la importancia de una interpretación excesivamente formalista del concepto de propiedad consagrada en la codificación napoleónica.

II- ANALISIS DE LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO. POSTURAS DOCTRINARIAS

Reconocida en forma indiscutible la existencia de los derechos subjetivos, se vuelve imprescindible la necesidad de resguardarse de no incurrir en los excesos que puede conllevar en alguna medida su ejercicio, en razón de que la ley los recepta con una finalidad útil y justa.

En virtud de ello se considera que hay abuso del derecho cuando se obstaculiza los fines que tiene la ley al reconocer los derechos o, cuando se desborde los límites impuestos por la moral, la buena fe o las buenas costumbres.

Los juristas que se enrolan en una tendencia contraria a la teoría del abuso del derecho fundamentan su postura apelando a la seguridad jurídica, sustentando que las libertades humanas se asientan en el respeto categórico de la normativa legal. Sólo la ley puede delimitar las actividades de los hombres y en tanto y en cuanto los individuos actúen dentro de los límites legales, resulta innecesario indagar su intencionalidad. De lo contrario no habría derecho y en consecuencia la seguridad y la libertad se verían menoscabadas.

Para los seguidores de esta corriente, es preciso otorgarles a los hombres un marco seguro para desarrollar sus acciones, es decir que sepan de forma clara y detallada que es lo que pueden y lo que no pueden hacer y la ley es la única herramienta posible para demarcar ese campo de acción.

Desde este pensamiento se sostiene la idea de que la norma jurídica opera como una muralla o barrera dentro de la cual el sujeto puede actuar sin recelos y sin temores; y si con ello se produce un perjuicio para terceros, esos perjuicios deben ser tolerados y considerados un sacrificio en respeto del bien común, *dura lex sed lex*.

Entre los exponentes de la doctrina en análisis, encontramos a Planiol quien afirma que la fórmula de la teoría del abuso del derecho encierra una contradicción, pues un acto no puede ser simultáneamente derecho y abuso, porque abuso e ilicitud deben ser pensados como sinónimos. El

derecho cesa donde el abuso comienza. *“Negar el uso abusivo de los derechos no es intentar hacer pasar por permitidos los actos dañosos muy variados que la jurisprudencia ha reprimido; es solamente hacer esta observación: que todo acto abusivo, por el solo hecho de ser ilícito, no es el ejercicio de un derecho”.*

Ripert comparte la postura desarrollada por Planiol efectuando un análisis de estricto corte moral al opinar que *“La jurisprudencia del siglo XIX y, en términos generales, la doctrina, se ha conformado a esa tradición (la romana), convirtiendo en regla de derecho la regla moral elemental que prohíbe perjudicar a tercero por espíritu de maldad”.*

Por su parte Duguit si bien reconoce la limitación de las facultades humanas cuando se convive en sociedad, expresa que la teoría del abuso del derecho no es una materia novedosa y lo fundamenta sosteniendo que se trata de una manera ideada para reaccionar contra las derivaciones del carácter absoluto atribuido al dominio. Y, en consecuencia muestra su rechazo respecto de la teoría como así también de la idea del derecho subjetivo al afirmar *“Que se rechace la palabra y la idea del derecho subjetivo, y se rechazaran a la vez todas las controversias y sutilezas que se han acumulado sin razón y sin provecho”*

Los seguidores de esta corriente se encuentran amparados por un supuesto carácter lógico y debieron ser arduamente disputados por los defensores de la teoría del abuso del derecho.

Los partidarios de la teoría del abuso del derecho convienen en que la equidad, como valor jurídico, puede extraordinariamente colocarse por encima de la seguridad jurídica y postulan, además, que el empleo de la indicada teoría es de carácter excepcional. En efecto, no es frecuente que la aplicación segura de la ley origine una injusticia, sino por el contrario la certeza general del carácter infranqueable de las leyes crea en los individuos de una sociedad seguridad y por ende buenas condiciones de convivencia.

Josserand afirma que *“Los derechos tienen una misión que cumplir, contra la cual no pueden revelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica”.*

La aplicación de la teoría del abuso del derecho supone el ejercicio de un derecho dentro de los límites fijados por la ley. En nuestro ordenamiento jurídico no existe límite legal alguno a los intereses. Por consiguiente el interrogante es cual es criterio utilizado por los jueces para determinar que un derecho ha sido ejercido abusivamente.

Varias corrientes doctrinarias coincidentes en aceptar este instituto como necesario y completamente justificado, han tratado de dar una respuesta al problema presentado, indicando cuando debe apreciarse que existe un abuso del derecho.

Un primer criterio establece que hay abuso del derecho cuando ha sido sin interés alguno y con el solo propósito de perjudicar a terceros. Esta posición resulta insuficiente debido a que los actos ejecutados sin interés alguno son excepcionales. No obstante debe reconocerse su importancia ya que representa el punto de partida para la implementación de la teoría en la doctrina francesa.

Un segundo supuesto es el que considera que el abuso del derecho reside en la culpa grave del titular de cuya conducta al ejercer el derecho se han producido perjuicios para terceros que podrían haberse evitado. Concordantes con esta posición se encuentran reconocidos autores como Salvat, Fleitas y Mazeaud.

El enfoque denominado finalista o funcional seguido por prestigiosos tratadistas entre los que pueden mencionarse a Spota y Llambías, es receptado en las legislaciones positivas de diferentes países y es la que sostiene que el abuso del derecho se configura cuando se ha ejercido en oposición a los fines sociales y económicos que inspiraron la ley que los otorgo. Así Saleilles expresa *“Cada derecho es conferido con miras a proteger los intereses que son socialmente útiles de proteger, de ahí que cada derecho tenga un fin económico-social”*.

Por último juristas como Borda, Ripert y Dabin coinciden en hay abuso del derecho cuando se ejercido en forma contraria a la buena fe y a la moral.

III- RECEPCION EN EL CODIGO CIVIL ARGENTINO. APLICACIÓN

En su redacción original nuestro codificador adopta la postura negatoria del abuso del derecho comentando *“Toda restricción preventiva tendría mas peligros que ventajas. Si el gobierno se constituyere en juez del abuso, ha dicho un filosofo, no tardara en constituirse juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad seria perdida”*. Con este pensamiento regula en el artículo 1071 *“El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”*.

A pesar de no receptor la norma la teoría en estudio, fue incorporándose lentamente en nuestra jurisprudencia tomando como fundamento entre otros el artículo 953 que instituye *“El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuvieran objeto”*.

Esta norma da lugar a diversos pronunciamientos respecto al pacto comisorio, al cual se lo declaro inmoral y por ende nulo. Y debe considerarse además, que dentro del articulado se encuentran algunas disposiciones en las cuales se limita el ejercicio del derecho por motivos de conveniencia social y de moral, tal como los artículos 1739 que hace referencia a la renuncia de los socios y 1978 que legisla la renuncia del mandatario por citar algunos, así como también aquellos que imponen restricciones y limites al dominio.

No obstante la intervención de los jueces en lo referente a la aplicación de la teoría del abuso del derecho en un principio tuvo un carácter claramente restrictivo exigiendo el propósito de causar daño y la inexistencia de razones legítimas. Con posterioridad fue ampliándose la concepción, de ese modo algunos fallos requieren sólo el ejercicio anormal, excesivo, abusivo.

Es con la reforma de la Constitución Nacional de 1949 que la teoría del abuso del derecho se incorpora positivamente en nuestro ordenamiento jurídico. Así el artículo 35 reglamenta *“Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que serán castigadas por las leyes”*.

Es esta modificación la que permite que el instituto sea aplicado con mayor frecuencia provocando una intensa producción jurisprudencial ampliándose su utilidad sea en materia de medidas precautorias, de patria potestad, de locación e incluso en cuestiones sobre relaciones entre cónyuges.

IV- REFORMA DE LA LEY 17711. APLICACIÓN

La labor jurisprudencial mencionada precedentemente obtiene su consagración en el año 1968 con la Ley 17711 que reforma el Código Civil que entre otras instituciones recepta el abuso del derecho en su artículo 1071. El mismo establece: *“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o el que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”*.

Puede observarse que el primer párrafo del nuevo artículo reproduce el texto del anterior articulado agregando la palabra regular, esto implica un cambio sustancial en virtud que no siempre la ley protege el ejercicio de un derecho, debe tratarse de un ejercicio justo, legítimo, normal.

Esta concepción queda plasmada de forma evidente en los dos últimos párrafos del mencionado artículo, y cobra fundamental importancia el enunciado que establece las pautas sobre las cuales se considera cuando un derecho ha sido ejercido abusivamente. La ley supone que hay ejercicio abusivo cuando los actos se realicen contrariando la finalidad que ella tuvo al regularlos o cuando se oponen a la moral, la buena fe y las buenas costumbres.

La incorporación de la institución del abuso del derecho al ordenamiento jurídico vigente, al mismo tiempo que viabiliza su inserción en las decisiones judiciales, conlleva una sanción debido a que el ejercicio abusivo compromete la responsabilidad del titular obligando a resarcir los daños causados y se determina la invalidez de los actos jurídicos efectuados con ese vicio.

Nos parece oportuno ahora hacer referencia a la causa “Fernández, Luis Roberto contra Reyes Terrabusi, Carlos Aníbal y otra S/ Daños y Perjuicios”. Se trata de un novedoso fallo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires donde se aplica el abuso del derecho y se recuerda el caso Clément-Bayard.

El actor arrendó un predio en la localidad de Open Door, Partido de Luján, con el propósito de instalar un aeródromo privado para el dictado de cursos en ejercicio de su actividad profesional de

piloto de aviación e instructor de vuelo. Luego de su acondicionamiento, la autoridad aeronáutica competente otorgó la habilitación del establecimiento en calidad de aeródromo privado bajo la denominación Open Door/Aeromarine. El predio en cuestión linda con una fracción de campo que pertenece al codemandado Reyes Terrabusi y que explotaba comercialmente por la codemandada High Door S.A.

En la línea imaginaria que prolonga la pista de aterrizaje del aeródromo, el demandado implantó a 50 metros aproximadamente del alambrado perimetral, dentro de su propiedad, una columna de hierro reticulado de aproximadamente 36 metros de altura, con riendas de soporte hacia los laterales.

Luego de intimar infructuosamente al demandado a deponer su actitud, el actor inició la presente acción cuyo objeto tiende a la reparación pecuniaria por los daños y perjuicios que se habrían derivado de la conducta abusiva observada por la demandada, quien -aduce el pretensor- instaló la columna de marras con únicos e inequívocos fines obstruccionistas de su actividad aerocomercial.

La demandada se opuso al progreso de la acción, invocando haber actuado en el marco del libre ejercicio de su derecho de propiedad. La antena, según sostuvo, instalada para obtener conectividad a la red de Internet y también para montar un pararrayos, fue emplazada en el lugar indicado por los profesionales que oportunamente lo asesoraron al respecto.

La Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado la acción deducida.

Se interpuso, por la actora, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. La Suprema Corte de Justicia hace lugar al recurso revocando la sentencia impugnada.

A la cuestión planteada el Doctor Soria dijo: “La interdicción del abuso del derecho ha sido expresamente prevista en el art. 1071 del Código Civil. Esa norma establece una doble directiva a los efectos de determinar cuándo media ejercicio abusivo de un derecho.

Una primera se relaciona con la índole del derecho que se ejerce: hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariando el objeto de su institución, su espíritu y su finalidad; cuando se lo desvía del destino para el cual ha sido creado; cuando se contrarían los fines de su reconocimiento. La segunda directiva es más amplia y traslada a esta situación -el ejercicio de un derecho- la necesaria subordinación del ejercicio de las facultades jurídicas a los intereses sociales o generales, deviniendo por tanto abusiva la actividad que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Por su parte el Doctor de Lazzari sostuvo: “Por otra parte y reforzando la idea de mi colega en el sentido de la configuración patente del abuso del derecho traigo a colación aquí, la evocación del emblemático caso “Clement-Bayard” el que desde antaño ha sido faro señero para la interpretación de lo que efectivamente configura un abuso del derecho al considerarse que el titular de un derecho no puede ejercerlo para un fin distinto de aquél para el que le ha sido reconocido por el legislador.

Caso que por otra parte guarda llamativa similitud como el ventilado en autos.

Por otra parte y en la interpretación de moderna doctrina sobre el abuso del derecho que comparto, en la sentencia “Clement-Bayard” del Tribunal de Compiègne entre otras se encuentra el núcleo central del problema del abuso del derecho: “que el uso de las permisiones que la titularidad de un derecho implica, puede, en determinados casos que presenten propiedades no previstas por el legislador, encontrarse fuera del alcance justificativo de los principios que justifican esas mismas permisiones”.

V- REGULACION DE LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO EN EL ANTEPROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION 2012

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, propone incluir al abuso del derecho en el título preliminar, ubicándolo como uno de los principios generales del derecho.

Entre los fundamentos que presenta el mencionado proyecto, se argumenta que estos principios constituyen pautas generales para el ejercicio de los derechos que poseen una gran importancia, y son útiles para proporcionar orientación a todo el contenido del Código.

En otras palabras, el objetivo de los impulsores de la reforma es regular los principios generales en el título preliminar, para que luego se perfeccionen con la normativa específica existente en materia de obligaciones, contratos, derechos reales entre otros.

De esta manera el artículo 10 expresa: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

De la lectura del aludido artículo, podemos reflexionar que se formulan importantes innovaciones tales como:

Definición como principio general: La inclusión del instituto como principio general del derecho representa un cambio sustantivo respecto de la valoración de todo el sistema normativo.

Abuso del derecho y de “situaciones jurídicas abusivas”: El abuso del derecho alcanza el ejercicio de un derecho por parte de su titular. Esta figura legislada en nuestro código vigente se encuentra

complementada por las situaciones jurídicas abusivas, que supone el abuso como resultado del ejercicio de una pluralidad de derechos, que considerados individualmente, tal vez no se conceptúen como abusivos.

CONCLUSIONES

Al examinar el desarrollo histórico de la figura del abuso del derecho podemos afirmar que, a lo largo de todo un gran proceso de confrontaciones doctrinarias, se llega a la consagración del instituto en los códigos, de forma explícita en los textos legales, o de manera sobrentendida con un carácter atenuante frente a las lagunas de la letra normativa en la aplicación jurisprudencial.

Es decir, se garantiza su validez dentro del derecho positivo y fuera de él porque, se evoluciona en la concepción del derecho, dejando de lado una exacerbada protección al patrimonio que consiente excesos en el ejercicio de los derechos individuales, para reafirmar la reivindicación de los derechos subjetivos y evitar de esa manera permitir el mal uso de los derechos sin que esto suponga sacrificar la seguridad jurídica.

De las diferentes corrientes analizadas en nuestro trabajo, y de los criterios estudiados para determinar cuándo hay un ejercicio abusivo del derecho, pensamos que el juez, debe siempre tratar de adaptarlos al caso concreto, además de recurrir a su prudencia iuris.

Estimamos también que acudir separadamente a ellos resulta exiguo dado que ninguno es superior al otro, ni siquiera la moral, que por imprecisa y relativa no puede ser determinante. Creemos que lo inmoral no siempre es antijurídico, y nos parece imprudente considerar al abuso del derecho, que es un instituto jurídico, a través de una valoración moral.

Respecto de la recepción normativa del abuso del derecho pensamos que debe efectuarse con el resguardo necesario para evitar su intromisión en las relaciones sociales y de esa forma impedir quebrantar la seguridad jurídica, necesaria para que los individuos puedan desarrollar sus actividades con regularidad y de acuerdo a sus legítimos intereses.

*“El derecho moderno y especialmente el derecho contemporáneo se forman del abuso una idea más comprensiva; es abusivo cualquier acto que, por sus móviles y por su fin, va contra el destino, contra la función del derecho que se ejerce; al criterio puramente intencional tiende a sustituirse un criterio funcional, derivado del espíritu del derecho, de la función que le está encomendada. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad; quien quiera que intente apartarlo de su función social, comete una falta, delictuosa o cuasi delictuosa, un abuso del derecho susceptible de comprometer, dado el caso, su responsabilidad”.*²⁰⁴

Para finalizar, parafraseando a uno de los más encumbrados estudiosos del tema del abuso del derecho, Louis Josserand, podemos concluir con él, en que, *“así como la ley no puede aplicarse contra su*

204 9 Louis Josserand, *Del Abuso de los derechos y otros Ensayos* (Bogotá) Editorial Temis, 1999, Pág., 5.

espíritu, como un río no podría modificar el curso natural de sus aguas, nuestros derechos no pueden realizarse en contravención o despreciando su misión social, a diestra y a siniestra;

Resulta evidente e incuestionable el origen romanístico del principio/teoría del abuso del derecho, si bien los romanos no eran adeptos a formular principios sino más proclives a la praxis, se halla en germen el adn del instituto cuestión; se concibe que el fin pueda justificar los medios, al menos, cuando estos sean legítimos por sí mismos; pero sería intolerable que medios, aun intrínsecamente irreprochables, pudiesen justificar todo fin, hasta odioso e inconcebible. Precisamente contra tal eventualidad se formó la teoría del abuso de los derechos, cuya ambición y razón de ser es asegurar el triunfo del espíritu de los derechos, y, por consiguiente, hacer reinar la justicia...²⁰⁵.

205 10 Josserand, *El Espíritu de los Derechos y su Relatividad* (Puebla, México) Editorial José M. Cajica, , Julio de 1946, Pág., 15.

LAS LANZAS DEL PODER: EL *IUS FETIALE*, LAS ACCIONES DE LA LEY Y LA CONSTRUCCIÓN DE UN ‘DERECHO INTERNACIONAL’ ROMANO

Emiliano J. Buis

Profesor de Facultad de Derecho, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires – CONICET. ebuis@derecho.uba.ar²⁰⁶

Resumen

Ya hace más de un lustro, Randall Lesaffer publicó un artículo provocador (“Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription”, *European Journal of International Law*, 16 (2005) 25-58) mostrando hasta qué punto el Derecho Internacional moderno se ha fundado en principios provenientes del derecho privado romano. Este planteo, sin embargo, supone un pasaje diacrónico que desconoce, como instancia intermedia, los fundamentos del *ius gentium*, también sustentados en muchos casos en principios que replican aquellos contenidos en el *ius civile*.

El propósito de la presente ponencia consiste en señalar que, a diferencia de lo que suele considerarse, el *ius gentium* no carece de formalismos y solemnidades. Al contrario, el ejemplo de la declaración de guerra permite apreciar hasta qué punto los fundamentos y la práctica del *collegium* de los *feciales* responden con bastante precisión a las características propias de las acciones *legis* del derecho privado. Ya Alan Watson (*International Law in Archaic Rome: War and Religion*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1993; pp. 25-27) detalló con precisión algunas de las similitudes entre la *emissio hastae* y la *manus iniectio*, las etapas del ritual *fecial* con las tres partes de la *legis actio*, o la asimilación de la guerra como un juicio planteado ante Júpiter. Sobre la base de este paralelismo, me interesa en particular reflexionar acerca de la “creación” romana del Derecho Internacional, que —

206 Este trabajo forma parte de la investigación llevada a cabo en el marco del Programa de Posdoctorado de la Facultad de Derecho de la UBA, bajo el título “*Pólemos díkaíos*. El empleo de la fuerza y la regulación jurídica de los conflictos armados en el derecho ‘común’ de las ciudades griegas de época clásica” (2011-2013). Por lo demás, también corresponde a las tareas realizadas dentro del Proyecto de Investigación DECYT que dirijo junto a la Dra. Natalia Luterstein sobre “¿Más allá del *ius in bello*? La regulación de los conflictos armados en la historia del *ius gentium* y los límites del DIH como régimen autónomo frente a las otras ramas de un Derecho Internacional Público ‘Fragmentado’” (DCT1210)

lejos de surgir de la descentralización de Estados que acuerdan voluntariamente en pie de igualdad, como se considera hoy— procede de (y es impuesto por) la determinación jurídica de la urbs,

Introducción

Las presentes reflexiones se enmarcan en un proyecto de mayor envergadura que se propone comprender la lógica del “derecho internacional” pre-clásico en la proyección de categorías jurídicas ya asentadas en los ordenamientos jurídicos domésticos. En particular, y con ese objetivo, en este trabajo se procura encontrar analogías entre las formalidades mágico-religiosas del derecho fecial y las fórmulas jurídicas de las distintas legis acciones, a los efectos de repensar la distinción *ius civile* / *ius gentium* y entender la lógica de imposición de las normas “inter-nacionales” por parte de Roma durante su expansión.

Ya hace más de un lustro, Lesaffer (2005) publicó un artículo provocador en el que mostraba hasta qué punto el Derecho Internacional moderno se ha fundado en principios provenientes del derecho privado romano. Este planteo, sin embargo, supone un pasaje diacrónico que desconoce, como instancia intermedia, los fundamentos del *ius gentium*, también sustentados en muchos casos en principios que replican aquellos contenidos en el *ius civile*.

El propósito de la presente ponencia consiste en señalar que, a diferencia de lo que suele considerarse, el *ius gentium* no carece de formalismos y solemnidades. Al contrario, el ejemplo de la declaración de guerra permite apreciar hasta qué punto los fundamentos y la práctica del *collegium* de los feciales responden con bastante precisión a las características propias de las *actiones legis* del derecho privado.

1. El derecho internacional moderno y el *ius ad bellum*: la lógica de la coordinación y el voluntarismo inter-estatal (acuerdo)

Digamos brevemente, para comprender la hipótesis que sustenta nuestra ponencia, que el derecho internacional moderno está cimentado en la llamada “igualdad jurídica” de los Estados. Es precisamente por ello que, según la doctrina mayoritaria, este derecho encuentra su origen en la llamada *Paz de Westfalia*, de 1648, que puso fin a la Guerra de Treinta Años entre católicos y protestantes. Este tratado, que fue el primer intento por “contractualizar” las relaciones interestatales en Europa,²⁰⁷ estableció un nuevo sistema de derecho europeo determinado por el reconocimiento de una comunidad internacional caracterizada por el principio de la *soberanía* y por la lógica de la máxima *par in parem non habet imperium*: el espíritu que deja Westfalia es que la limitación de los propios deseos de poder y de expansión asegura, de alguna manera, que los otros Estados respeten la integridad del espacio soberano ajeno. El derecho internacional, así, se vislumbra como

207 Cf. Bull (1997).

un ordenamiento jurídico *descentralizado*²⁰⁸, horizontal, donde los Estados son los sujetos que crean las normas mediante el libre acuerdo de voluntades y en el que no hay instancia superior que pueda ejercer el control²⁰⁹.

Hacia el final de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) —ejemplo final del debilitamiento sufrido por la Sociedad de Naciones—, la firma de la Carta de la ONU instaló un ámbito político-jurídico destinado a mantener la paz y seguridad internacionales, fomentar las relaciones de amistad entre las naciones y la cooperación internacional en la solución de problemas comunes (art. 1). Para la consecución de estos propósitos, el tratado sentó una serie de principios, estructurados en torno del equilibrio jurídico entre los Estados, que ocupa el primer lugar en el artículo 2: “*La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros*”. Asimismo, como corolario de la consagración de la soberanía como pilar de las relaciones internacionales, la Carta establece el principio de la no intervención en los asuntos internos de cada Estado (art. 2.7).

Es evidente, pues, que desde sus cimientos las Naciones Unidas traducen una lógica asentada en una visión westfaliana del derecho internacional. En ese contexto, no debe resultar sorprendente que la regulación del empleo de la fuerza armada (lo que suele concebirse como *ius ad bellum*) esté contenida en este nuevo instrumento de la comunidad internacional. Las normas que regularían entonces los actos bélicos entre Estados surgen de un acuerdo entre ellos mismos, acuerdo en el que todos participan con idéntico rol por ser considerados jurídicamente iguales. Los propios Estados miembros de la ONU, así, han acordado el texto del artículo 2.4, que establece que:

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.

Del mismo modo, los Estados también se han reservado el espacio necesario para las excepciones al principio. Y si bien la fuerza —por ejemplo— estará autorizada en caso de que el Consejo de Seguridad la considere necesaria para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, o en el caso de los pueblos que luchan por su libre determinación contra regímenes racistas o discriminatorios, lo cierto es que la Carta de la ONU solamente consagra una única excepción en la que son los propios Estados los que estarán en condiciones de actuar mediante la fuerza de modo no contrario al espíritu del derecho internacional: nos referimos al caso de la legítima defensa. Este instituto está consagrado de modo expreso en el artículo 51 del acuerdo:

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la

208 Barboza (2008: 15-16).

209 Combacau & Sur (1997: 2-3) identifican un derecho *interestatal* (que responde a esta descentralización) que ocuparía un lugar intermedio entre lo que denominan el derecho estatal (en el nivel interno) y el derecho supraestatal (en el que un tercero se encuentra por encima de los Estados).

autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Corresponde concluir estas primeras reflexiones señalado que el *ius ad bellum*, por tanto, es en el derecho internacional post-westfaliano una construcción que surge jurídicamente del acuerdo entre Estados, quienes han manifestado su voluntad concordante en prohibir todo uso de fuerza entre ellos, siempre con la reserva de la posibilidad de hacer uso de modo lícito de la violencia armada en caso de haber sido injustamente agredidos con antelación.

2. La “creación” de los *foedera* y el *ius gentium*: la lógica de la subordinación y el voluntarismo romano (imposición)

¿Encontramos un *ius ad bellum* determinado por el acuerdo de voluntades concordantes entre Estados en el mundo pre-moderno? El caso romano, como intentaremos demostrar, es un ejemplo interesante para justificar que nuestra respuesta al interrogante es negativa. En efecto, en el pasaje de la República al Imperio (fines del s. I a.C.), los romanos consolidaron una política expansionista que la llevó a suscribir numerosos tratados primero con otros pueblos itálicos, luego con ciudades y regiones del Oriente y del Occidente, consolidando progresivamente su supremacía (*maiestas*) e imponiendo su *imperium* a todo el mundo conocido que la rodeaba²¹⁰.

Muchos siglos antes que llegara la Paz de Westfalia, ya hallamos algunos de los primeros intentos por concebir la naturaleza del derecho internacional²¹¹. Así, el incipiente desarrollo teórico respecto del fundamento del derecho de gentes (*ius gentium*) permite concebir a este como el conjunto de normas aplicables a las relaciones de Roma con las otras comunidades extranjeras y, al mismo tiempo, como el derecho aplicable a los vínculos que se daban entre ciudadanos romanos y personas extranjeras.²¹² En este doble sentido, el derecho de gentes era determinado en sus alcances por los propios magistrados romanos y complementaba, como sostiene el jurista Gayo en sus *Institutas*, el derecho interno romano:

Todos los pueblos que están regidos por la ley y por la costumbre aplican en parte un derecho que les es propio y en parte un derecho común a todos los hombres. Pues el derecho que cada pueblo constituyó para sí mismo le es propio y se llama derecho civil (*ius civile*), casi como designando el derecho propio de la ciudad (*civitatis*). Pero lo que la razón natural estableció entre los hombres se observa igualmente entre todos los pueblos y se llama derecho de gentes (*ius gentium*), como

210 Cfr. Kallet-Marx (1995); Ferrary (1990).

211 Al respecto, ver mi trabajo “Las lágrimas de Zeus, la prudencia de Atenea: Normas humanitarias, fuentes históricas y el reconocimiento de un ‘derecho internacional’ en el mundo griego antiguo”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2012 (en prensa), donde también sugerimos un razonamiento semejante para el caso de las ciudades-Estado de la Grecia clásica.

212 La doctrina alemana del derecho romano ha generado interesantes reflexiones sobre los alcances jurídicos del *ius gentium* en tiempos clásicos; ver, por ejemplo, Heuß (1933), Ziegler (1972) y, más recientemente, los trabajos de Grotkamp (2009) o Zack (2001).

designando el derecho que aplican todos los pueblos (*omnes gentes*). También el pueblo romano aplica en parte su propio derecho y en parte el derecho común a todos los hombres (*Institutas*, 1.1)²¹³.

Una lectura de la última frase del pasaje de Gayo permite comprender la lógica del *ius gentium* romano: si bien se trata de un derecho común a todos, lo cierto es que es el pueblo romano el que “aplica” tanto el ordenamiento doméstico (*ius civile*) como las normas consideradas internacionales. El sustento teórico natural de un *ius gentium* fundado en normas comunes a todos los hombres,²¹⁴ pues, se explica precisamente porque fueron los propios romanos los que crearon estas reglas en beneficio práctico de Roma²¹⁵ (pensemos en las funciones del pretor peregrino que decía lo que contenían las normas del derecho de gentes).

El *ius ad bellum* romano, en consecuencia, responde a esta lógica de imposición de las normas locales para regular los asuntos interestatales. La declaración de guerra, según veremos en las fuentes preservadas, era efectuada en los primeros tiempos por los *feciales*, un colegio religioso que incluso precedió en el tiempo, según se sostiene, a la fundación de la ciudad.²¹⁶

La importancia de estos *feciales* era extrema²¹⁷ y evidentemente la ceremonia ritual que incluía la determinación de las causas justas de la guerra (que hacia el s. III a.C. fue progresivamente reemplazada por un sistema formal de *legati senatoriales*)²¹⁸ responde a tradiciones de origen neolítico vinculadas con el uso de un cuchillo de piedra y con la celebración de las llamadas *Feriae Latinae* durante las cuales la guerra estaba prohibida.²¹⁹ Los autores señalan que el colegio estaba integrado aparentemente por veinte miembros, que desempeñaban sus funciones de por vida (en un comienzo de clase patricia, hasta la *lex Ogulnia* del 300 a.C.). Sin embargo, otros aspectos resultan más complejos. Así como, por un lado, se señala que el *ius fetiale* era en sustancia un derecho común a todos los pueblos,²²⁰ pero por el otro no hay testimonios concretos que nos indiquen exactamente si la institución fecial era compartida por las distintas ciudades-Estado de la antigüedad o si, en cambio, se trata de una creación propia de los romanos.²²¹ Un testimonio de Dionisio de Halicarnaso (*Antiquitates Romanae*, 2-72) deja entrever que los *feciales* respondían a un antecedente griego pero que en Roma fueron una creación (el pasaje usa el verbo *prostithemi*, “establecer”) de Numa Pompilio:

ἡ δὲ ἐβδόμη μοῖρα τῆς ἱερᾶς νομοθεσίας τῷ συστήματι προσετέθη τῶν καλουμένων φετιαλίων. οὗτοι δ’ ἂν εἴησαν κατὰ τὴν Ἑλληνικὴν καλούμενοι διάλεκτον εἰρηνοδίκαι. εἰσὶ δ’ ἐκ τῶν ἀρίστων οἴκων ἄνδρες ἐπίλεκτοι διὰ παντὸς ἱερώμενοι τοῦ βίου, Νόμα

213 El texto citado se basa en la edición de Poste (1904), revisada por E. A. Whittuck.

214 Este *iusnaturalismo* puede ser leído como un idealismo legal (“*legal idealism*”) (van Hoof, 1983).

215 Kaser (1993), Lombardi (1947).

216 Watson (1993: 7). También Oyarce Yuzzelli (2006: 119-132).

217 “... the institution proves not only to be significant for the history of international law, but to be an important fact in early Roman history, in the light of which Rome’s national growth can the more safely be reconstructed” (Frank [1912]).

218 Walbank (1949: 15).

219 Alföldi, 1971).

220 Cf. Catalano (1965).

221 Sobre el tema, cf. Blaiwe (1993).

τοῦ βασιλέως πρώτου καὶ τοῦτο Ῥωμαίοις τὸ ἱερὸν ἀρχεῖον καταστησαμένον

La séptima división de sus instituciones sagradas fue consagrada al colegio de los feciales; en griego son llamados “eirenodikai” (árbitros de la paz). Son hombres elegidos de las mejores familias, y desempeñan esta labor religiosa de por vida. El rey Numa fue también el primero que estableció esta magistratura sagrada entre los romanos.²²²

Plutarco coincide con esta interpretación al describir la vida del monarca y mostrar cómo se creó el colegio (Numa, 12.3):

πολλὰς δὲ καὶ ἄλλας Νομᾶ καταδείξαντος ἱερωσύνας ἔτι δεῖν μνησθήσομαι, τῆς τε Σαλίων καὶ τῆς τῶν Φιτιαλέων, αἱ μάλιστα τὴν εὐσέβειαν τοῦ ἀνδρὸς ἐμφαίνουσι

Y Numa también estableció otros órdenes sacerdotales, de los que sólo recordaré dos, el de los Salios y el de los feciales, que más que ningún otro muestran la piedad del hombre.

Un pasaje de la obra De re publica (2.31) de Cicerón atribuye la instalación del colegio de los feciales al rey que sucedió a Numa, Tulo Hostilio:

Mortuo rege Pompilio Tullum Hostilium populus regem interrege rogante comitiis curiatis creavit, (...) et curiam constituitque ius, quo bella indicerentur, quod per se iustissime inventum sanxit fetiali religione, ut omne bellum, quod denuntiatum indictumque non esset, id iniustum esse atque inpium iudicaretur.

Luego de la muerte del rey (Numa) Pompilio, el pueblo eligió rey a Tulo Hostilio en los comicios curiados cuando el interés propuso la cuestión (...) y estableció las reglas jurídicas para que se declarase la guerra. Consagró estas reglas, que había creado de modo tan justo, con ritos feciales de modo que toda guerra que no hubiese sido declarada y anunciada habría de ser juzgada como injusta e impía.

Tito Livio, en cambio, da cuenta de que la regulación de la guerra correspondió en verdad a Anco Marcio, adaptando una costumbre extranjera pero adaptándola a los intereses romanos: ello sirvió, de manera concreta, para justificar el ataque contra los latinos (*Ab urbe condita* 1, 32):

222 Los subrayados, en esta cita y en las siguientes, así como en las traducciones correspondientes, nos pertenecen.

ut tamen, quoniam Numa in pace religiones instituisset, a se bellicae caerimoniae proderentur, nec gererentur solum sed etiam indicerentur bella aliquo ritu, ius ab antiqua gente Aequicolis quod nunc fetiales habent descripsit, quo res repetuntur (...) Hoc tum modo ab Latinis repetitae res ac bellum indictum, moremque eum posterí acceperunt.

Así como Numa había regulado las prácticas religiosas de la paz, (Anco Marcio) quiso instituir aquellas de la guerra: hacer la guerra no era suficiente, puesto que era necesario declararla ritualmente. Tomó prestado entonces a la antigua nación de los Equícolas la regla que siguen los fetiales para presentar un reclamo. (...) Es así que se procedió para llevar adelante reclamos contra los latinos y para declararles la guerra. La posteridad conservó estos usos.

La contradicción en que parecen incurrir los testimonios respecto de la creación concreta del colegio²²³ no impide, sin embargo, dar cuenta de que en las fuentes se deja claro que la instauración de los fetiales ha sido una determinación de los propios romanos en tiempos monárquicos. Es decir, nos hallamos bastante lejos de poder concebir las normas del *ius ad bellum* como un producto de la negociación interestatal de Roma y las ciudades-Estado vecinas; por el contrario, resulta evidente que el *ius fetiale* constituye un corpus jurídico instalado por la *urbs* para asegurar un control progresivo de las relaciones con las potencias extranjeras.²²⁴ Contrariamente a la determinación de los principios aplicables al uso de fuerza en tiempos post-wesfalianos, el mundo romano nos presenta una lógica verticalista del *ius gentium*, un modelo de imposición muy apartado de la auto-regulación vigente hoy entre Estados soberanos y una noción de “derecho internacional” que Roma genera a la medida de sus intereses y expectativas políticas.²²⁵ La aplicación de una serie de conceptos afianzados en el ordenamiento interno en el plano interestatal muestra de qué modo los romanos consiguieron recurrir a institutos domésticos para expandir su influencia fuera de las fronteras.²²⁶

3. Los formalismos jurídicos romanos: entre el *ius fetiale* y las *legis actiones*

Las fuentes preservadas nos explican de qué modo el procedimiento ficial para la declaración de guerra en el plano interestatal requería el cumplimiento solemne de una serie de fases consecutivas, que transmite en detalle el relato historiográfico de Tito Livio (I.32): la rerum repetitio o clarigatio (con la que el pater patratus solicitaba la reparación del daño sufrido (§§ 6-10), la testatio o denuntiatio (si los reclamos no eran satisfechos en treinta días) (§10), el votum (del Senado, autorizado por el pueblo)

223 A esta contradicción y la posición de Tito Livio al respecto se refiere Penella (1987).

224 Saulnier (1980).

225 Hemos desarrollado de modo más genérico estas ideas en Buis (2011).

226 Un ejemplo muy concreto de este empleo en el plano internacional de nociones referidas a los vínculos privados es la noción de *amicitia*, que desarrolló de modo extenso Badian (1958) relacionándola con la *clientela*. En efecto, resulta interesante ver de qué modo las relaciones que Roma entabló con comunidades vecinas fueron entendidas en clave de “amistad”. Cabe decir que, con ciertas observaciones respecto de la interpretación realista de Badian, la temática ha sido retomada en un reciente volumen de Burton (2011).

(§§ 10-12) y *la* *indictio belli* (lanzamiento de la lanza por el *pater patratus*) (§§ 13-14).²²⁷

En el plano del derecho doméstico romano, por su parte, las acciones de la ley (*legis actiones*, detalladas esencialmente en Gayo 4.11-12) constituyen el procedimiento romano más arcaico. En estas acciones del antiguo *ius civile*, hay una clara distinción entre una primera etapa *in iure* (que comprende una serie de ritos prefijados con palabras determinadas ante el magistrado) y una segunda instancia *apud iudicem* (consistente en la resolución del pleito ante un juez o *iudex*). Se sabe que, en el marco de estas actuaciones procesales, era necesario proferir “palabras ciertas y solemnes” (*certa et solemnia verba*, G. 1.112, D. 1.2.2.6). Estas características genéricas signaban todas las distintas acciones (G. 4.12) —algunas declarativas, otras ejecutivas—, entre las que se encuentran la acción por apuesta sacramental (*sacramentum*, 4.13 ss.), por petición del juez (*iudicis postulatio*, 4.17a), por condición (*condictio*, 4.17b-19), por aprehensión corporal (*manus iniectio*, 4.21 ss.) y por toma de prenda (*pignoris capio*, 4.26 ss.).

Si bien ya han habido estudios que se ocuparon de plantear algunas similitudes entre la lógica de la declaración de guerra y las acciones privadas,²²⁸ entiendo que es necesario examinar dicho isomorfismo a la luz de la construcción normativa del derecho internacional antiguo.

Comencemos por la rerum repetitio, ²²⁹ *respecto de la cual Tito Livio asevera que el enviado fecial debía proclamar en términos solemnes su condición, luego de lo cual colocaba como guardián de sus dichos y juzgador de sus actos a la divinidad máxima (1.32.6-7):*

legatus ubi ad fines eorum venit, unde res repetuntur, capite velato filo— lanae velamen est — ‘audi, Iuppiter’, inquit; ‘audite, fines’ — cuiuscumque gentis sunt, nominat—; audiatis fas: ego sum publicus nuntius populi Romani; iuste pieque legatus venio verbisque meis fides sit’. peragit deinde postulata. [7] inde louem testem facit: ‘si ego iniuste inpieque illos homines illasque res dedier mihi exposco, tum patriae compotem me numquam siris esse.

Quando 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”.

El pasaje recuerda, en el plano del *ius civile*, la fase *in iure* de la acción legal, en la medida en que se invoca a Júpiter para convertirlo en “juez” (*testis*).²³⁰ Recordemos que, cuando se trata de la *litis contestatio* ante el magistrado, se procura habilitar la segunda etapa ante el juez. El inicio pues del procedimiento para la declaración de las hostilidades encuentra un interesante paralelismo con la

227 Magdelain (1990); cf. Ferrary (1995).

228 Watson (1993: 25-27).

229 De la cual se ocupa, con gran precisión, el trabajo de Donatuti (1955).

230 Acerca del sentido de *testis* como “juez” en este pasaje, ver Watson (1993: 10-19).

fijación de una autoridad que cuente con la capacidad de resolver una controversia. La guerra, en ese sentido, se asimilaría en el ámbito internacional a lo que los romanos concebían como litigio en su ordenamiento interno.

Así, en la legis actio per iudicis postulationem, por ejemplo, Gayo describe con precisión de qué modo el procedimiento desembocaba en la designación de un *iudex* o arbiter para la solución del litigio (4.17a):

Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIII X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO AIAS AN NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM SIVE ARBITRVM POSTVLO VTI DES...

Se accionaba por postulación del juez si la ley en virtud de la cual se obraba así lo hubiera decidido, tal como por ejemplo, en virtud de la ley de las XII Tablas respecto de aquello que reclama por causa de una "stipulatio". El procedimiento es más o menos así. El accionante decía: "AFIRMO QUE EN VIRTUD DE LA 'SPONSIO' TU ME DEBES DAR DIEZ MIL SESTERCIOS. YO TE PIDO QUE LO ADMITAS O QUE LO NIEGUES. El adversario decía que no debía. El actor entonces manifestaba: "PUESTO QUE TU LO NIEGAS, YO TE PIDO A TI, PRETOR, QUE DES UN 'IUDEX' O UN 'ARBITER'"...

De modo semejante, Tito Livio narra como parte del proceso feccial la denuntiatio, en la cual los dioses son puestos como jueces frente a la insatisfacción del reclamo romano por parte de los adversarios (1.32.9-10; cf. 1.22.5):

si non deduntur, quos exposcit, diebus tribus et triginta—tot enim sollemnes sunt — peractis bellum ita indicit: 'audi, Iuppiter, et tu, Iane Quirine, diique omnes caelestes vosque, terrestres, vosque, inferni, audite: ego vos testor populum illum' — quicumque est, nominat—'iniustum esse neque ius persolvere. sed de istis rebus in patria maiores natu consulemus, quo pacto ius nostrum adipiscamur'

Si lo que demanda no es satisfecho al término de de treinta y tres días (que es el plazo de gracia fijado), se declara la guerra en los siguientes términos: «;Escucha, Júpiter, y tú Jano Quirino, y todos vosotros dioses celestiales, y ustedes, dioses de la tierra y del mundo inferior, óyanme! Los pongo como jueces de que este pueblo (mencionan su nombre) es injusto y no cumple con sus obligaciones sagradas. Pero sobre estas cuestiones, debemos consultar a los ancianos en nuestra propia tierra sobre en qué manera podemos obtener nuestros derechos".

Una nueva relación estrecha entre el universo conceptual de las solemnidades privadas y las formalidades requeridas para la determinación del *casus belli* está dada por el plazo previsto para dar posibilidad al pueblo extranjero de cumplir con los requerimientos expuestos y exigidos por Roma.

Los treinta y tres días establecidos en el pasaje de Tito Livio responden de modo concreto al plazo similar de treinta días que el propio Gayo refiere para tomar un juez en la *legis actio per condicionem* y que aparentemente fue fijado por la *Lex Pinaria* (4.17b-18):²³¹

Per condicionem ita agebatur: AIO TE MIHI SESTERTIORVM X MILIA DARE OPORTERE: ID POSTVLO, AIAS AVT NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, IN DIEM TRICENSIMVM TIBI IVDICIS CAPIENDI CAUSA CONDICO. deinde die tricensimo ad iudicem capiendum praesto esse debebant. condicere autem denunciare est prisca lingua.

Se accionaba por condición del siguiente modo: “AFIRMO QUE TU ME DEBES DAR DIEZ MIL SESTERCIOS; TE PIDO QUE LO AFIRMES O LO NIEGUES”. El adversario decía que no debía. El actor manifestaba: “PUESTO QUE TU LO NIEGAS, YO TE EMPLAZO PARA TOMAR ‘IUDEX’ DENTRO DE TREINTA DÍAS”. Y entonces el día trigésimo debían estar presentes para tomar un “iudex”. “Condicere” quiere decir, en la antigua lengua, “emplazar”.

También interesa aquí, a los efectos de complementar nuestra lectura, destacar la presencia del verbo *condicere* en el último pasaje citado: se trata de un vocablo adecuado para indicar el emplazamiento que implica el procedimiento formal por parte del accionante en el *ius civile*, y en este sentido es preciso rescatar su aparición –con alcances semánticos muy cercanos– en el relato de las prácticas feciales. Así, en 1.32.10-12 Tito Livio nos habla de la etapa que precede a la fase final del *votum* afirmando:

Tum is nuntius Romam ad consulendum redit. confestim rex his ferme verbis patres consulebat: 'quarum rerum, litium, causarum condixit pater patratus populi Romani Quiritium patri patrato Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis, quas res nec dederunt nec solverunt nec fecerunt, quas res dari, solvi, fieri oportuit, die' inquit ei, quem primum sententiam rogabat, 'quid censes?' tum ille: 'puro pioque duello quaerendas censeo itaque consentio consciscoque'. inde ordine alii rogabantur; quandoque pars maior eorum, qui aderant, in eandem sententiam ibat, bellum erat consensus.

Con estas palabras el embajador vuelve a Roma para consultar. El rey inmediatamente consultaba al Senado con palabras del siguiente tenor: “En cuanto a los asuntos, juicios y causas –respecto de los cuales el pater patratus del pueblo romano emplazó al pater patratus de los antiguos latinos y a los antiguos latinos– que estaban obligados solidariamente a entregar, descargar y reparar, sin haber hecho ninguna de estas cosas, ¿cuál es tu opinión?”. Aquel cuya opinión se preguntaba en primer lugar, respondía: “Yo soy de la opinión de que deben ser recuperados por una guerra justa y legal, por tanto, yo doy mi consentimiento y voto por ello”. Luego se preguntaba a los otros por orden, y cuando la mayoría de los presentes se declaraban de la misma opinión, se acordaba la guerra.

231 Cf. también el pasaje referido en Gayo a la *legis actio per sacramentum* (4.15).

Siendo entonces semejantes la fijación de un juez y el emplazamiento requerido en uno y otro caso, resta comparar el acto final a partir del cual se traba el conflicto en términos jurídicos en el plano interno de las disputas privadas y en el ámbito internacional de los enfrentamientos entre Roma y los pueblos extranjeros. Una vez pronunciadas las palabras que suponen las formas rituales en los dos casos, ambos procedimientos se refieren al primer acto físico del reclamante contra su adversario. Tito Livio describe con precisión la *indictio belli* (1.32.12-14) en estos términos:

Fieri solitum, ut fetialis hastam ferratam aut sanguineam praeustam ad fines eorum ferret et non minus tribus puberibus praesentibus diceret: quod populi Priscorum Latinorum hominesque Prisci Latini adversus populum Romanum Quiritium fecerunt, deliquerunt, quod populus Romanus Quiritium bellum cum Priscis Latinis iussit esse senatusque populi Romani Quiritium censuit, consensit, conscivit, ut bellum cum Priscis Latinis fieret, ob eam rem ego populusque Romanus populi Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis bellum indico facioque.' id ubi dixisset, hastam in fines eorum emittebat. hoc tum modo ab Latinis repetitae res ac bellum indictum, moremque eum posterii acceperunt.

Era costumbre que el fezial llevara a las fronteras enemigas una lanza con punta de hierro o quemada al extremo y manchada de sangre; y, en presencia de al menos tres adultos, proclamar: "Puesto que los pueblos de los antiguos latinos han sido considerados culpables de injusticia contra el pueblo de Roma, y puesto que el pueblo de Roma ha ordenado que haya guerra con los antiguos latinos y el Senado del pueblo de Roma ha determinado y decretado que habrá guerra con los antiguos latinos, a causa de esto yo y el pueblo de Roma, declaro y hago la guerra a los pueblos de los antiguos latinos". Dichas estas palabras, arroja su lanza en su territorio. Esta fue la forma en que en tales tiempos fue exigida satisfacción a los latinos y se declaró la guerra, y la posteridad adoptó tal costumbre.

Gayo, por su parte, utiliza fórmulas semejantes (en forma y contenido) para referirse a la captura del cuerpo del oponente en la *legis actio per manus iniectioem* (4.21):

Per manus iniectioem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, uelut iudicati lege XII tabularum. quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat: QVOD TV MIHI IVDICATVS siue DAMNATVS ES SESTERTIVM X MILLA, QVANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IVDICATI MANVM INICIO, et simul aliquam partem corporis eius predebatur; nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed uindicem dabat, qui pro se causam agere solebat. qui uindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et uinciebatur.

Se accionaba por aprehensión corporal en aquellos casos en que la ley así lo ha establecido, como por ejemplo por la ley de las XII Tablas para el "iudicatus". La acción era de este modo. Quien accionaba decía así: "PUESTO QUE HAS SIDO JUZGADO EN MI FAVOR o HAS SIDO CONDENADO A PAGARME DIEZ MIL SESTERCIOS Y TU NO ME HAS PAGADO, A CAUSA DE ESTO YO PONGO SOBRE TILA MANO DE UN JUICIO DE DIEZ MIL SESTERCIOS, y al mismo tiempo le aprehendía una parte cualquier del cuerpo. Y al "iudicatus" no le era lícito desprenderse de la mano por sí, no por sí accionar por la "legis actio", pero él daba un

“uindex”, quien solía tomar la causa por su propia cuenta: quien no daba un “uindex” era llevado por el actor a su casa y era encadenado.

Una comparación de los pasajes permite advertir una equivalencia en la estructura causal (la fraseología “puesto que... a causa de esto” –en latín *quod... ob eam rem*– se repite en las dos citas) y en la materialidad de la afectación del otro: lo que en un plano real entre particulares supone la imposición de la mano del actor judicial sobre el cuerpo del deudor, en un plano abstracto entre naciones se traduce en la imposición de la fuerza corpórea sobre el territorio del Estado enemigo. Aprender la persona del deudor y apropiarse del territorio del adversario implican, en clave simbólica, una misma violación de la integridad ajena. Se trata de actos que responden a una clara lógica subyacente en la que la capacidad física del acreedor y del pueblo de Roma, respectivamente, se legitiman en derecho como respuesta frente a un accionar previo ilegal de la contraparte.

Di Pietro (19975: 636) sostenía que en la *legis actio per sacramentum in rem*, “se usaba una varita, como si estuviera en lugar de una lanza, como signo de un dominio justo, puesto que se consideraba que el dominio más justo era el de las cosas que se tomaban de los enemigos. Es por ello que ante el tribunal de los Centumvirovros está fijada una lanza” (*festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti domini, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta proponitur*, G. 4.15). Si ello es así, la simbología de la lanza como instrumento de dominación, como elemento que traduce en términos visuales el poder y la autoridad de aquel a quien el derecho ampara, no solamente era significativa en el dominio por la fuerza de los pueblos extranjeros por parte de Roma,²³² sino también en los rituales cívicos propios del enfrentamiento entre privados dentro de la ciudad.

4. A modo de breve conclusión

En síntesis, a la luz de los pasajes examinados, podemos afirmar que el reconocimiento de las similitudes entre las etapas del ritual feicial con las tres partes de la *legis actio*, entre la *emissio hastae* y la *manus iniectio*, o la asimilación de la guerra como un juicio planteado ante Júpiter, construyen un interesante paralelismo jurídico que permite comprender la “creación” romana del derecho internacional. Lejos de surgir de la descentralización de Estados que acuerdan voluntariamente en pie de igualdad, como se considera hoy, ese ordenamiento que regulaba los conflictos armados procedía de (y era impuesto por) la determinación jurídica de la *urbs*. Del mismo modo en que Roma tutelaba los intereses del acreedor otorgándole la posibilidad de aprehender a quien no cumplía con lo pactado, la misma *urbs* trasladaba las categorías para justificar su propio accionar justo ante los enemigos incumplidores. La misma vara romana para dar cuenta de la regulación interna y para justificar su proyección exterior.

Quizás esta lectura histórica contribuya a que podamos comprender de modo más cabal los modos en que las potencias hegemónicas determinan hoy el contenido de las normas internacionales,

232 Plancherel-Bongard (1998).

arrojando siempre la lanza contra el enemigo de turno de acuerdo con sus propios intereses y según sus propias interpretaciones.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

Bibliografía primaria (ediciones críticas)

DI PIETRO, A. (19975) (ed.) *Gayo. Institutas*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

JACOBY, K. (1885) (ed.) *Dionysii Halicarnasei Antiquitatum Romanarum quae supersunt*, Vol I. Dionysius of Halicarnassus. Leipzig: B. G. Teubner.

MÜLLER, C. F. W. (1889) (ed.) *M. Tullius Cicero. Librorum de Re Publica Sex*, Leipzig: B. G. Teubner.

PERRIN, B. (1914) (ed.) *Plutarch. Lives*, Cambridge (MA) & London: Harvard University Press & William Heinemann Ltd.

POSTE, E. (1904) (ed.) *Gai Institutiones or Institutes of Roman Law*, Oxford: Clarendon Press.

REINACH, J. (1951) (ed.) *Gaius. Institutes*, Paris: Les Belles Lettres.

WEISSENBORN, W. & H. J. Müller (1898) (ed.) *Titi Livii ab urbe condita libri editionem primam*, Pars I. Libri I-X (Editio Stereotypica), Leipzig: B. G. Teubner.

Bibliografía secundaria (crítica)

ALFÖLDI, A. (1971) *Early Rome and the Latins*, Ann Arbor: University of Michigan Press.

BADIAN, E. (1958) *Roman Clientelae (264-70 BC)*, Oxford.

BALBÍN CHAMORRO, P. (2006) “*Ius hospitii y ius civitatis*”, *Gerión* 24 (1); 207-235.

BARBOZA, J. (2008) *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires.

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

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

BUIS, E. J. (2011) “Sobre gnomos y gigantes: Los tratados grecorromanos y la igualdad soberana de los Estados como ficción histórico-jurídica”, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires: Facultad de Derecho 89; 73-117.

BULL, H. (1977) *Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, Nueva York.

BURTON, P. J. (2011) *Friendship and Empire. Roman Diplomacy and Imperialism in the Middle Republic (353-146 BC)*, Cambridge.

BUONO-CORE VARAS, R. (2003) “Los tratados en el mundo romano”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXV*; pp. 23-34.

CAIRE, E. & S. Pittia (2006) (edd.) *Guerre et diplomatie romaine. IV^e-III^e siècles av. J.-C. Pour un réexamen des sources*, Aix-en-Provence.

CALORE, A. (2003) *Forme giuridiche del ‘bellum iustum’* (Corso di diritto romano-Brescia-a.a. 2003-2004)», Milano: Giuffrè.

CATALANO, P. (1965) *Linee del sistema sovranazionale romano*, Vol. I, Torino.

COMBACAU, J. & S. Sur (1997) *Droit international public*, París.

DONATUTI, G. (1955) “La ‘clarigatio’ o ‘rerum repetitio’ e l’istituto parallelo dell’antica procedura civile romana” *Iura*, 6; 31-46.

FERRARY, J.-L. (1990) “Traité et domination romaine dans le monde hellénistique”, en Canfora, L., M. Liverani & C. Zaccagnini (edd.), *I trattati nel mondo antico. Forma, ideologia, funzione*, Roma; 217-235.

FERRARY, J.-L. (1995) « *Ius fetiale et diplomatie* », en Frézouls, E. & A. Jacquemin (edd.) *Les relations internationales. Actes du Colloque de Strasbourg 15-17 juin 1993*, Paris; 411-432.

FRANK, T. “The Import of the Fetial Institution”, *Classical Philology* 7 (3); 335-342.

FREZZA, P. (1938-9) “Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell’antico diritto romano”, *SDHI* 4 & 5; 363-428 & 161-201.

GROTKAMP, N. (2009) *Völkerrecht im Prinzipat. Möglichkeit und Verbreitung* (Studien zur Geschichte des Völkerrechts, 21), Baden-Baden.

HEUß, A. (1933) *Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Außenpolitik in republikanischer Zeit*, Leipzig.

KALLET-MARX, R. (1995) *Hegemony to Empire: The Development of the Roman Imperium in the East from 148 to 62 B.C.*, Berkeley.

KASER, M. (1993) *Jus Gentium*, Böhlen, Köln, Weimar & Wien

LESAFFER, R. (2005) "Arguments from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription", *European Journal of International Law* 16 (1); 25-58.

LOMBARDI, G. (1947) *Sul concetto di "ius gentium"*, Roma.

MAGDELAIN, A. (1990) « Quirinus et le droit : spolia opima, ius fetiale, ius quiritorium », en Magdelain, A. & Y. Thomas, *Jus imperium auctoritas : Études de droit romain*, Rome : École française de Rome; 229-269.

OYARCE YUZZELLI, A. (2006) "El derecho internacional en Roma. El 'ius fetiale'", *Vox Iuris*, Año 17, n° 13; 119-132.

PENELLA, R. J. (1987) "War, Peace, and the ius fetiale in Livy 1", *Classical Philology* 82 (3); 233-237.

PLANCHEREL-BONGARD, C. (1998) "Les rapports de subordination entre Rome et les confédérations latine et italique", *Revue d'histoire du droit* 66 (3/4); 279-287.

PURNELL, R. (1978), "Theoretical approaches to International Relations: the contribution of the Greco-Roman World", en Taylor, T. (ed) *Approaches and Theory in International Relations*, London & New York: 19-31.

RICH, J. W. (2008) "Treaties, Allies and the Roman Conquest of Italy", en de Souza Ph. & J. France (edd.) *War and Peace in Ancient and Medieval History*, Cambridge & New York; 51-75.

SAULNIER, C. (1980) "Le rôle des prêtres fétiaux et l'application du 'ius fetiale' à Rome", *Revue historique du droit français et étranger* 58 ; 171et seq.

VAN HOOFF, G. (1983) *Rethinking the Sources of International Law*, Kluwer, Deventer & London.

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

WATSON, A. (1993) *International Law in Archaic Rome. War and Religion*, Baltimore & London: The Johns Hopkins University Press.

ZACK, A. (2001) *Studien zum Römischen Völkerrecht. Kriegserklärung, Kriegsbeschluss, Beeidung und Ratifikation zwischenstaatlicher Verträge, internationale Freundschaft und Feindschaft während der römischen Republik bis zum Beginn des Prinzipats*, Göttingen.

ZIEGLER, K.-H. (1972) "Das Völkerrecht der römischen Republik", *ANRW I* (2); 68-114.

ORIGEN ROMANÍSTICO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: APLICACIÓN Y PERSPECTIVAS DE LA *REDUCTIO AD AEQUITATEM* EN EL SISTEMA JURÍDICO DE TRADICIÓN ROMANISTA*

Por José Félix Chamie

José Félix Chamie es profesor de derecho civil y derecho romano en la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Sistema Jurídico romanístico. Unificación del derecho y Derecho de la integración, por la Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'. Correo electrónico jose.chamie@uexternado.edu.co

Resumen

Esta contribución ofrece una perspectiva romanística de los principios generales del derecho, cuyo centro de impulso está en la tarea cotidiana del jurista por mejorar el derecho, armonizarlo y estabilizarlo luego de una profunda reflexión que se confronta con toda la tradición del sistema jurídico romanista desde los tiempos de su formación. Con esta premisa el autor afronta los argumentos alrededor de la posible identificación de un principio general de reducción en equidad aplicable a los contratos.

Proemio

Quiero expresar un sincero agradecimiento dirigido a la Universidad de Flores, a la directora de Carrera profesora Mirtha Beatriz Álvarez, y a toda la comunidad de romanistas de la Universidad de Flores, la Universidad de Buenos Aires y las demás Universidades de la Capital Federal y del país. Es para mí un honor y motivo de especial satisfacción encontrarme hoy aquí entre Ustedes.

En un ambiente desbordado por la magnitud de los acontecimientos ocurridos en los últimos dos siglos, dominado por la sociedad mediáticamente globalizada de la “hiperinformación” y por el modelo

de consumo y explotación de los recursos naturales no renovables, frente a las incertidumbres y sorpresas que estos eventos deparan conviene hacerle frente a “la dificultad de asimilarlos con actitud serena y distante para contemplarlos en su conjunto, seleccionarlos, clasificarlos y proceder a relacionarlos entre sí y con el pasado a fin de apreciar y prevenir sus consecuencias sobre las condiciones de supervivencia de la humanidad”²³³.

Ahora más que nunca resulta propicio el ambiente para la reflexión y la identificación de constantes y de realidades en el debate entre juristas que tienen “una raíz y un diálogo comunes y que por circunstancias del acaso, como también por decisión mutua se han mantenido fieles a la tradición cultural que pudiera calificarse de heleno-romano-judeo-cristiana-germánica, y que en lo que hace a la orientación política y a la disciplina jurídica de los fenómenos parte de Roma y del derecho romano”²³⁴.

I. La idea de principios generales como *potissima pars* del sistema jurídico romanista. La continua ‘reformulación’ del derecho y los periodos de su ‘estabilización’.-

Los principios no son una parte cualquiera, son más bien aquella parte que es más ella misma, que más está sobre sí misma, la más autosuficiente, que tiene en sí más que las otras partes el propio fundamento, es más fundamental que las otras (*potissima*), y en consecuencia, la que más puede en el orden de fundamentar y de la que dependen las otras; no opresiva o dominadora, sino sustento de las otras; informante, y por lo tanto cargada en mayor medida de elementos que permiten comprender todo lo sucedido. Primera entre las partes de una realidad por rango en el orden de fundamentar, de la eficacia y de la inteligibilidad: principio²³⁵. Se trata del pasaje de Gayo comentario a las XII Tablas, en D. 1, 2, 1. Se trata de una relectura para identificar el valor de esta fuente en su ‘interpretación actual’, ya que los principios generales son la estructura del sistema jurídico romanista y al mismo tiempo son herramienta para su constante mejoramiento y adaptación, son guía para la armonización del derecho.

Los principios sirven primeramente para ordenar el derecho per *regulam*, introducir definiciones, interpretar e integrar el derecho (*ius in melius producit*); y al establecer los conceptos fundamentales, prácticamente determinan las formas de creación jurídica del sistema. De allí que los principios introduzcan no solo reglas formales sino también la doctrina política del sistema, la ideología subyacente del orden jurídico (*Rechtsordnung, legal system*)

233 F. Hinestrosa (1997), págs., 3 ss.

234 F. Hinestrosa (1997), págs., 3 ss.

235 S. Schipani, (1999) *passim*.

II. De las reglas, definiciones y máximas a los principios generales del derecho. La función de la *iurisprudencia*: el rol del jurista. Principios generales y perspectiva estatal-legalista. Crítica. Hacia la superación de los sistemas jurídicos cerrados. El ejemplo de la unificación del derecho.-

Como bien anota Alpa²³⁶, la distinción entre *regulae iuris* y *maximae iuris* o *principia iuris* tal y como la entendemos hoy en día fue planteada por Peter Stein²³⁷ en su conocida reconstrucción que atraviesa el derecho romano desde sus orígenes hasta la codificación justiniana, el derecho canónico, los glosadores, hasta los comentaristas franceses anteriores a la codificación napoleónica. La expresión *regulae* no nació en el lenguaje jurídico; fue primero utilizada por los estudiosos de gramática y de arquitectura. Inclusive cuando llegó al uso de los juristas, siguió siendo objeto de desconfianza: era la aplicación del derecho la que debía crear la regla y no la regla crear el derecho (Paulo D. 50, 17, 1: *non ex regula ius sumatur sed ex iure regula fiat*)²³⁸.

No obstante, resulta sugestiva una perspectiva romanística histórico-dogmática que encuentra seria justificación en el interior del sistema jurídico romanista también en su fase actual, cuando asistimos a un periodo de excesiva y dispersa legislación que reclama armonizar el derecho y conducirlo hacia una nueva fijación mediante los principios generales²³⁹, casi que recordando la sentencia de Teodosio II en CTh., 1, 1, 6pr.-1: *solum ius relinquatur, quod ut brevitatem constrictum claritate luceat*. Pero recordando también la empresa de Justiniano y sus motivaciones.

En relación con esto, tal y como afirma Schipani²⁴⁰, se habla del “tradicionalismo del jurista”, y éste significa la necesidad para el jurista contemporáneo de una educación histórica, la necesidad de alimentarse, en su formación en derecho y en su ‘estilo mental’, de la tradición-experiencia. Schipani recuerda que los esquemas jurídicos son esquemas de experiencia (de allí quizás Gorla en su admonición según la cual por “dogmática jurídica” debía entenderse “experiencia jurídica”), y esta es un elemento racional de la tradición que se explica dentro de un contexto más amplio de búsqueda de verdades-valores²⁴¹. De esto que, cuando se habla de principios generales del derecho sea inevitable que el intérprete se confronte, en su búsqueda, con toda la tradición del sistema inclusive desde los tiempos de su formación. Y si se trata de los principios generales en la tradición secular del sistema jurídico romanista, es también inevitable destacar la importancia del reenvío a los mismos en los códigos de la “transfusión” del derecho romano y la Independencia en nuestro continente, en el diseño de sistemas jurídicos abiertos y evitando así una completa “cristalización” de las fuentes de producción del derecho.

236 G. Alpa, (1993) pág. 57 ss.

237 P. Stein, (1966) *passim*.

238 G. Alpa, (1993), págs. 57 ss., señala que inicialmente la regla era sinónimo (o cumplía la misma función) de la definitio. También se nutrían sospechas hacia las definiciones, como se lee en la admonición de Javoleno en D. 50, 17, 202: *omnis definitio in iure civilis periculosa est; parum est enim ut non subverti potest*.

239 Un *ius enucleatum*. Aquí ‘enucleado’ en el sentido del adjetivo latino ‘claridad’, ‘precisión’, a las que se llega mediante una profunda reflexión (*enucleata*), necesaria para la búsqueda de los principios. Cfr. Cic. *de oratore* 91; Cic. *pro Scaur.* 20; Cic. *pro Plancio* 10.

240 S. Schipani, (2010), págs. 324 ss.

241 G. Grosso, (1976), *passim*; S. Schipani, (2010), págs. 324 ss. y *passim*.

Desde esta perspectiva, la función de los principios generales en el contexto de toda la tradición y de sus desarrollos siguientes resulta emblemática, al ser ellos, como destacaba Hinestroza, factor de progreso de la sociedad, del derecho, o bien, en relación con el especial papel del jurista, parte fundamental en la tarea cotidiana de *ius in melius producit*.

Por su parte, la moderna teoría del derecho no nos dice cuáles son los principios jurídicos incorporados en cada ordenamiento, esto solo puede decirlo la dogmática jurídica relacionada con el ordenamiento indagado. Tampoco nos dice cuáles deben ser esos principios, esto es la tarea de una filosofía de la justicia²⁴².

Para los llamados neo constitucionalistas los principios no se expresan en forma de meras proposiciones normativas sin otra calificación más, sino que tienen propiedades lógicas específicas de argumentos normativos. Han de esclarecerse las propiedades lógicas de principios en sentido de razones para las ponderaciones, o designadas de otra forma, de argumentos normativos. Ellas demuestran en su estructura y formas de validez particularidades que pueden ser caracterizadas con el concepto de un deber ideal²⁴³.

Y con los que piensan en un deber ideal que debe ir más allá de lo mandado definitivamente, de lo realizable en los hechos. Para superar esta contradicción entre la pretensión de obligatoriedad y la no exigencia de un cumplimiento estricto, se ofrecen dos modelos: 1. Modelo procedimental. 2. Modelo de la iteración de mandatos de validez. El primero determina el deber ideal por medio de la idea de optimización. El mismo enlaza tres implicaciones con la validez de un principio: un mandato de reconocimiento de una norma, un mandato de ponderación y un mandato de optimización. El mandato de reconocimiento de una norma exige de los juzgadores aceptar una norma como válida. Los mandatos de ponderación son reglas procesales que exigen la ponderación de normas colisionantes²⁴⁴. Los mandatos de optimización ordenan que algo sea cumplido en la medida más grande posible, en lo relativo a las posibilidades reales y jurídicas. Éstos expresan el contenido normativo definitivo de los principios²⁴⁵.

Y si damos una mirada a la unificación del derecho en nuestro tiempo, es incuestionable no reconocer el trabajo desarrollado desde hace más de ochenta años por el célebre Instituto Unidroit, que en su método más refinado de elaboración ha diseñado instrumentos de armonización con

242 L. Ferrajoli, (2007), págs. 33 ss. En la perspectiva que acá se afronta, interesa destacar un punto que quizás se conecta con ella cuando Ferrajoli señala la importancia de una teoría garantista del derecho que ofrezca la llave de lectura de las antinomias y de las lagunas presentes en el derecho vigente respecto de su modelo constitucional, permitiría redefinir la esfera pública de las garantías de los derechos fundamentales diseñadas por tal modelo y repensar las características tradicionales puramente estatal-legalistas tanto del positivismo jurídico como del constitucionalismo y de la democracia; y esto para adecuarlas a los nuevos lugares extra y supra estatales, así como los nuevos poderes y las nuevas asimetrías con sus respectivos remedios y garantías.

243 J. R. Siechmann, (2006), pág. 15.

244 Colisión que en materia de *reductio ad aequitatem* se refleja en la tensión entre éste y el principio *pacta sunt servanda*. Acerca de la estructura de las colisiones y de la ponderación entre principios vide, entre otros, J. R. Siechmann, (2006), pág. 161 ss.; también M. Carbonell (2007); G. Beade, L. Clérico, (2011); C. Bernal Pulido, (2009); Id, (2005).

245 J. R. Siechmann, (2006), págs. 23-24.

amplio potencial y un gran contenido de tradición jurídica romanista. No hay espacio aquí para afrontar cada aspecto relacionado, valga por ahora tan solo destacar la perspectiva hoy empleada por Unidroit, en las palabras de su actual Secretario General:

También hay mayor flexibilidad en la perspectiva para la formulación de reglas y hay un valor agregado en la norma uniforme. El proceso de armonización internacional se ha hecho más complejo con el aumento de los distintos instrumentos en uso y los distintos niveles de coherencia buscados. También hay una mayor consciencia de los retos para superar las barreras impuestas por los conceptos y categorías profundamente arraigados, y la necesidad de cambiar la atención de las categorías conceptuales hacia su operatividad práctica en los ordenamientos jurídicos. Mientras que la normatividad y la uniformidad conceptual fueron atributos inseparables de los primeros esfuerzos de armonización, los instrumentos recientes se redactan a menudo como un conjunto de disposiciones destinadas a garantizar y alcanzar el objetivo de un cierto tipo de política uniforme mediante un catálogo mínimo de funciones que podrían cumplirse con la existencia de categorías legales disponibles en el derecho interno, sin intentar reducirlas a un simple concepto común. Esto se ha conocido como la “perspectiva funcional” de la armonización del derecho.

Hay una evidente relación lógica entre la “perspectiva funcional”, como es empleada acá, y el “método funcional” como se conoce en la teoría del derecho comparado. Sin embargo, los dos términos no significan exactamente lo mismo. En el contexto de la formulación del derecho uniforme, la “perspectiva funcional” se refiere a la tarea de identificar un cierto número de funciones que un concepto jurídico debe alcanzar para desarrollar un cierto número de efectos bajo un instrumento de derecho uniforme, o el beneficio de cierto estatus o protección legal provista por dicho instrumento. Mientras que la escogencia de conceptos jurídicos que puedan ser abarcados por la misma regla implicaría inevitablemente una comparación de las funciones cumplidas por dichos conceptos en el interior de los ordenamientos internos usados como paradigma del proceso de armonización, ni la identidad de funciones ni la comparación de conceptos son precondiciones necesarias para el uso de la “perspectiva funcional” en la armonización del derecho²⁴⁶.

Comprender el sentido del derecho, la estructura de su lenguaje y la modalidad de la comunicación es esencial para tener éxito al gobernar sus fines. Todo esto se cumple mediante actividades interpretativas. El derecho es en sí mismo una práctica interpretativa. Empero corresponde observar las conexiones de esta dimensión esencial interpretativa propia del derecho con las exigencias de razonabilidad.

Si estos principios son encontrados o formulados como indica el modelo clásico o el medieval es un problema difícil de afrontar aquí; lo cierto es que aquellos se obtienen del derecho, de una formulación general del mismo (Paulo D. 50, 17, 1). Esta es labor fundamental de la jurisprudencia, esa que Bartolo llamó ‘*civilis sapientia*’ solo comparable con la metafísica y la teología. Y es que no se conoce perfectamente un arte si no se conocen sus principios (Baldo a Dig. veteris, 1, 1, 1: *etiam quia non perfectae novit artem quia non movit principia artis*”).

246 J. A. Estrella Faria, (2011), pág. 11.

Sin embargo, no interesa tanto la función que las *regulae* y las *maximae* desempeñaron en el periodo de la formación del sistema jurídico romanista y sus desarrollos sucesivos; lo que interesa es el método lógico y la técnica de la ciencia del derecho (*iurisprudentia*)²⁴⁷.

III. Aplicación y perspectivas de los principios generales: la perspectiva diacrónica para la identificación del principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual.⁻²⁴⁸

Se trata de institutos secularmente identificados por la tradición jurídica y que han alcanzado refinada elaboración como expresion de un principio de equilibrio que abre paso a la modificación equitativa del contrato. Estos institutos que explican el contenido del principio general enunciado han sido identificados por la doctrina como instrumentos para resolver los problemas del desequilibrio contractual inicial y sobrevenido.

Durante la formación del contrato se habla de un equilibrio inicial u originario, que se rompe a causa de los problemas de la lesión enorme y del aprovechamiento de los estados de debilidad. A partir de la construcción de una teoría general del contrato y de allí también una teoría de los vicios del consentimiento, se ha sostenido que los vicios de la voluntad tienen que ver con el equilibrio entre las prestaciones²⁴⁹; de allí que aquellos y los problemas que se relacionan con el injusto aprovechamiento durante el momento genético de la obligación, sean objeto de la corrección para mantener el equilibrio originario de la relación obligatoria y proteger el sinalagma contractual. Por esto el derecho ha concebido remedios que de una u otra forma protegen al contratante que se encuentra en un particular estado de debilidad. Ya en el derecho romano con el paso del tiempo se fue afirmando una tendencia en la jurisprudencia hacia el rechazo de las formas de abuso y de lucro en daño ajeno, particulares disposiciones en materia de dote señalaron una regla que asume hoy especial importancia y presenta un alcance y una dimensión que trascienden su contexto, pues la intervención del derecho se justifica ya que *bono et aequo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum* (Pomponio). También fueron establecidas leyes contra las *usurae*, y en el *ius honorarium* la *restitutio in integrum* prestaba este servicio siempre que mediara *dolus* o *fraus* en perjuicio del menor, protegido en este caso *non tanquam minor, sed tanquam laesus*; igualmente la *exceptio doli* jugó un papel primordial para contrastar comportamientos lesivos de los intereses contractuales de las partes, diríamos hoy en virtud de que *'fraus omnia corrumpit'*.

En la fase de ejecución del contrato se habla de equilibrio funcional, que se rompe a causa de una problemática de base, se podría hablar en general de problemas derivados de la fuerza mayor y de la interpretación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, esto es, el problema de la compatibilidad o proporcionalidad entre eventos y cumplimiento, entre contrato y realidad. Para el derecho romano y con amplia perspectiva dogmática, Labeón propuso un modelo complejo y articulado que superó

247 Alpa, (1993), págs. 57 ss.

248 Cfr. con mi artículo J.F. Chamie, (2012), *passim*. De ésta contribución ha sido elaborado el presente numeral.

249 R. J. Pothier, *Traité des obligations* (1764), § IV N° 33.

el ámbito tradicional atribuyendo riesgos a ciertos deudores *non-domini*, usando una interpretación típica de la actividad que las partes esperaban realizar con el contrato, en relación con la forma y los intereses implícitos en la operación económica. Se trata de la valoración del *oportere* conforme las exigencias de la *bona fides*, puestas en práctica mediante el dualismo *fides-aequitas* dentro del debate jurisprudencial sobre la eficacia justificante del evento irresistible definido como *vis maior*²⁵⁰. Labeón naturalmente no se detuvo aquí, introdujo y justificó también el reconocimiento de una *exceptio* (D. 4, 9, 3, 1) a favor del *nauta* en caso de destrucción de la carga por *naufragium* o *vis piratarum*; en el mismo sentido la disciplina de la *lex iulia de bonis cedendis* acogió las solicitudes de los deudores insolventes expuestos a la *venditio bonorum* y los admitió a una *cessio* menos grave siempre que hubieran probado que su condición de *decocti* fue a causa de una *vis maior* (un criterio similar se encuentra en un proveimiento del emperador Claudio [Suet., *Claud.*, 18, 2], que yo relaciono, p. ej., con la decisión en el famoso *arrêt* del Gas de Burdeos). La misma idea de justicia se encuentra, en mi opinión, también en la disciplina de la *remissio mercedis*, que junto con la disciplina de la *sterilitas-ubertas*, constituye el prodromo a la idea de *reductio ad aequitatem* que encontró más desarrollos en la interpretación de los *doctores* medievales²⁵¹.

Frente a estos problemas el derecho, la interpretación secular y los códigos, han ofrecido variadas soluciones que, a pesar de su diversidad, responden todas a un criterio que es rasgo propio y característico de nuestro sistema jurídico, la exigencia de moderación, de equilibrio en los contratos durante su formación y durante su ejecución; naturalmente, una exigencia de buena fe y equidad. Las soluciones ofrecidas por el sistema desde los tiempos de su formación, acordes con la buena fe y equidad como ejes del sistema mismo, encontraron notoria expresión en la interpretación medieval que se resume en la expresión *reductio ad aequitatem*, que logró autonomía respecto del solo valor semántico y se elevó en grado de abstracción – con amplio potencial dogmático– para indicar la necesidad de moderar el vínculo obligatorio en caso de ruptura del equilibrio entre las prestaciones²⁵². No es la mera ‘reducción en equidad’ como en la reducción de la cláusula penal enorme, ésta es expresión también del principio de *reductio* equitativa que se refiere más bien en general a todos los instrumentos que restablecen el turbado equilibrio entre las prestaciones.

El principio de *reductio ad aequitatem* es pues el principio de modificación equitativa del contrato, que se resume en los instrumentos para la refacción del mismo frente al desequilibrio *ab initio*, o *ex post facto* (*propter mutationem temporum*). De modo que la *reductio ad aequitatem* está en cercana relación con la revisión y la salvación del contrato.

De allí el terreno fértil para la identificación de un principio de moderación en los contratos, un principio de equilibrio expresado desde los tiempos de la Escuela medieval en la *reductio ad aequitatem* por *laesio ab initio* o *laesio superveniens*²⁵³.

Para identificar el principio general, en este caso el intérprete se fija una aproximación a los dos

250 Así R. Cardilli, (1995), págs. 311 ss.; M. Neme Villarreal, (2006), págs. 202 ss.; Id., (2010), págs. 337ss.; J. F. Chamie, (2012), págs. 227 ss.

251 J. F. Chamie, (2012), págs. 227 ss. y notas 9, 10, 11 y 12.

252 J. F. Chamie, (2012), pág. 221.

253 J. F. Chamie, (2012), pág. 221.

momentos del desequilibrio contractual, para señalar la *ratio* que se encuentra en la base de los remedios para mantener o restablecer el equilibrio. De un lado, el problema de la incidencia, en el momento genético de la obligación, de la necesidad, el peligro, el apremio económico, la dependencia, ignorancia, inexperiencia, debilidad mental, desigualdad de poder de negociación, confianza especial, violencia generalizada, en términos de un aprovechamiento de estos estados de debilidad, generador de la ruptura al equilibrio de las prestaciones. Por otro lado, se revela el problema de la incidencia de eventos extraños a las partes, anomalías no imputables que modifican las circunstancias iniciales del contrato produciendo un desequilibrio entre las prestaciones. Se trata de los instrumentos para garantizar el cumplimiento equitativo de las obligaciones.

En estos dos grandes momentos de ruptura inicial o sobrevenida, los mecanismos de corrección y adaptación del contrato indican la *ratio* del remedio en la equidad correctiva, la equidad de la cooperación.

Esta idea de justicia no es nueva, ella ha estado siempre en los principios y en la elaboración dogmática del sistema jurídico romanista, es una característica de su definición²⁵⁴ y pertenece a su *principium*²⁵⁵. Para no ir muy lejos, la *reductio ad aequitatem* por desequilibrio inicial (*laesio enormis* o *ab initio*) o por desequilibrio sobrevenido (*laesio superveniens*) fue una práctica difusa en el medioevo, la doctrina medieval señaló la necesidad de moderar los contratos de duración afectados por un desequilibrio²⁵⁶.

Sin embargo, esta tradición entró en crisis en el siglo XIX con el dogma de la voluntad, para luego regresar fortalecida con la inversión de tendencia en el siglo XX que del paradigma del voluntarismo dio paso a un, aparentemente, nuevo paradigma (T. Khun), el de las exigencias de la buena fe, de la colaboración y la solidaridad, de la equidad, en fin, de la justicia contractual.

Finalmente, conviene siempre recordar que la ciencia jurídica debe ser, como decía Savigny, “orgánicamente progresiva”, atenta siempre al “lazo vivo” entre el presente y el pasado. Por lo que la tarea fundamental del jurista moderno debe consistir en la “penetración intelectual, adaptación y rejuvenecimiento de la materia jurídica tal y como nos ha sido transmitida” ya que no hay “existencia humana completamente separada e independiente (...) cada época crea su propio mundo jurídico, no para sí misma y arbitrariamente sino en una unión indisoluble con la totalidad del pasado”²⁵⁷.

Frente a los desafíos que vienen, no solo en el área del derecho contractual sino también respecto del llamado bioderecho, debemos cuestionarnos sobre la autenticidad de las instituciones y de la madurez o adultez del derecho y de los juristas en Latinoamérica. Nos corresponde auscultarnos y revisar los hechos para la inserción en el concierto universal. Con todo, en materia jurídica, donde confluyen afectos, pasiones, hábitos, creencias, intereses, técnicas, más que la creatividad, es necesario

254 Celso D. 1, 1, 1: *ius est ars boni et aequi*.

255 S. Schipani, (1999-2010), *passim*.

256 Cfr. F. Mantica, *Vaticanae lucubrationes* (1861), vol. I lib. I, tit. IX y lib. III, tit. 15 n. 25, en particular lib. IV tit. IV, *Genevae*: Chouët M., 1861: “Sed adverte, quod contractus non continet enormem laesionem ab initio sed ex post facto, propter mutationem temporum, debet moderari, si contractus habeat tractum successivum et futurum tempus recipiat”.

257 Cfr. R. Zimmermann, (2010), pág. 33.

procurar una respuesta cabal al sentir nacional, a las aspiraciones colectivas, dentro de un sentido de justicia y de dignidad de la persona humana, una exigencia universal²⁵⁸.

Bibliografía

ALPA, G. *I principi generali*, Milano, Giuffrè, 1993.

BEADE, G. CLÉRICO, L. (editores) *Desafíos de la ponderación. Serie de Teoría jurídica y filosofía del derecho*, Bogotá, 2011.

BERNAL PULIDO, C. *El derecho de los derechos*, Bogotá, 2005.

_____. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, 2009.

CARBONELL, M. (coordinador) *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, 2007.

CARDILLI, R. *L'obbligazione di <<praestare>> e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C. – II sec. d. C.)*, Milano, 1995.

CHAMIE, J.F. “El principio general de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual”, en *Revista de derecho privado* no 22 de 2012, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

ESTRELLA FARIA, J.A. “From Scholar’s dream to lawyer’s tool? Uniform Commercial Law and International Legal Practice–Brief Remarks on the Work of Unidroit”, Ponencia en el *Symposium on the 2010 Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Towards a “Global” Contract Law Georgetown University*, 28 octubre 2011.

FERRAJOLI, L. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, Ed. Laterza, 2007.

GROSSO, G. *Tradizione e misura umana del diritto*, Milano, Edizioni di Comunita, 1976.

HINESTROSA, F. “Los principios generales del derecho. Aplicación y perspectivas”, Ponencia para el Simposio “*Il Diritto dei Nuovi Mondi*”, Istituto di Diritto Privato de la Universidad de Génova, 5-7 de noviembre de 1992, publicada en *Revista de derecho privado*, No. 1 de 1997, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1997.

MANTICA, F. *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis locati et conducti conventionibus in libros XXVII disperitae*, vol. I, Genevae: Chouët M., 1861.

258 Cfr. F. Hinestrosa, (1997), págs. 3 ss.

NEME VILLARREAL, M. “Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida”, en *Roma e America*, 21/2006.

_____. *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2010.

POTHIER, R.J. *Traité des obligations*, Chez Debure, Paris, 1764.

SCHIPANI, S. *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, Ed. Giappichelli, 1999, en español Id. *La codificación del derecho romano común* (trad. José Félix Chamie), Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2010.

SIECKHMANN, J.R. *El modelo de los principios del derecho* (trad. Camilo Calderón), Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2006.

STEIN, P. *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh University Press, 1966.

ZIMMERMANN, R. *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo* (trad. del inglés por Javier Rodríguez Olmos), Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2010.

¿EL PRINCIPIO DE PACTA SERVANDA SUNT COMO GARANTÍA DEL PRINCIPIO LEGAL ALTERUM NON LAEDERE?: (RE) VISITANDO EL POEMA LUCRECIANO A LA LUZ DE UN ENFOQUE ROMANISTA²⁵⁹

Por Claudio Raul Cuellar

Claudio Raul Cuellar es estudiante de Abogacía en la Facultad de Derecho y Cs. Políticas de la Universidad Abierta Interamericana. Allí se desempeñó como auxiliar alumno de la cátedra de Derecho Político, y actualmente, de Filosofía del Derecho y de Derecho Romano (Cátedra a cargo del Prof. Asoc. Dr. Ricardo Ginés García; la profesora adjunta Marilina A. Miceli aprueba plenamente el contenido de esta comunicación). Asimismo forma parte del Seminario Permanente de Investigación en Teoría del Derecho, encabezado por el abog. Roberto Andrés Campos. También es estudiante avanzado en el “Profesorado en Castellano, Literatura y Latín” en el Instituto Nacional Superior del Profesorado “Dr. Joaquín V. González”, integrando las Cátedras de Lengua y Literatura Latinas IV y de Literatura Española III (Literatura de la Edad Media Española). Ha participado como asistente y ponente en congresos nacionales e internacionales sobre temáticas afines. orbis_non_sufficit@live.com.ar

Resumen

Aunque se ha discutido respecto del alcance semántico de las palabras vertidas por Tito Lucrecio Caro en el último tramo del penúltimo libro de su *De rerum natura* (en adelante: DRN), no se han rastreado aportes sustanciales provenientes del ámbito romanista. Por tal motivo, en la presente comunicación nos proponemos realizar una lectura filológica y jurídica de los fragmentos arriba señalados (vv. 1140-1160) enfatizando en la apología que hace el autor respecto de la justicia natural epicúrea, la cual se apoya en el principio de no dañar a terceros, y de regular las conductas individuales mediante la consagración (y, sobre todo, cumplimiento) de los pactos celebrados entre los integrantes de una sociedad determinada.

259 El presente trabajo constituye un avance de nuestra tesina de grado “Derecho, Didaxis y Discurso: aportes para comprender la construcción discursiva del derecho a partir de la filosofía de Epicuro en el *De rerum natura*, de Lucrecio”, trabajo final cuyo tutor es el abogado Roberto Andrés Campos.

Introducción

Si bien la crítica se ha ocupado (y sigue haciéndolo) del corpus lucreciano ofreciendo distintas hebras de análisis para poder comprenderlo a la luz de distintas disciplinas no siempre vinculadas con la filología o los estudios clásicos, lo cierto es que la personalidad de Lucrecio continua siendo un enigma debido a los escasos datos que nos han llegado sobre su vida y también de su única obra, el *De rerum natura* (*DRN*), el primer corpus sistematizado en lengua latina de las enseñanzas de Epicuro; de este autor extrae sus principales enseñanzas, sobre todo en lo que respecta a las doctrinas de la física y de la moral. En este trabajo, y procurando no apartarnos del tópico convocante de este congreso, nos avocamos al estudio de la influencia de las *Kyríai Dóxai* epicúreas (*KD*) en el *DRN* centrándonos en la perspectiva dikelógica de ambos autores que es un requerimiento *sine qua non* para asegurar el bienestar general que propicia un *foedus* entre individuos de una misma comunidad. Pero antes de comenzar nuestro análisis es menester indagar en la naturaleza del derecho romano y de los principios jurídicos que lo sustentan, pues a través del acercamiento que podamos hacer, abordaremos mejor nuestra hipótesis.

Desarrollo

I Consideraciones preliminares

Han sido notoriamente disímiles las posturas teóricas que se han propuesto sobre el derecho romano y los principios del derecho conceptualmente, de modo que se arguyó oportunamente no sólo qué elementos debía de abarcar el derecho romano, sino también hasta qué época se extendía dicho fenómeno. De todas estas miradas para comprenderlo, el profesor argentino Dr. Norberto Rinaldi extrajo las principales en su *Lecciones ampliadas de derecho romano*: en primer lugar, partió de autores cuyas definiciones eran simples, pues se limitaban a destacar que el derecho romano consistía en el derecho elaborado por los romanos a lo largo de su historia (tesis de Arangio-Ruiz y Juan Iglesias) para pasar luego a posicionamientos doctrinarios de mayor complejidad (tesis de Álvaro D'Ors), que concebían lo concebían como una recopilación de aquellos escritos elaborados por los jurisperitos, porque podían discernir lo justo de lo injusto, como ocurre con la obra jurídica justiniana (siglo VI d.C.), o bien que lo entendían en un sentido más amplio que comprendía tanto las normas jurídicas como los principios jurídicos existentes desde la fundación de Roma (753 a.C.) hasta la muerte del emperador Justiniano (565 d.C.), y que incluían las leyes romano-bárbaras (tesis de Argüello). Pero sin lugar a duda, quien mejorara estas aproximaciones doctrinarias fue el profesor Dr. Ángel Lapieza Elli al argumentar:

Derecho Romano es el complejo total de las experiencias, ideas y ordenamientos jurídicos que tuvieron lugar en el proceso histórico de Roma, desde los orígenes de la ciudad estado hasta más allá de la disgregación de la parte occidental del Imperio Romano...²⁶⁰

260 Esta definición y las anteriores pueden verse en Norberto Rinaldi. "Parte II: origen y fuentes del derecho romano", en *Lecciones ampliadas de derecho romano*. Buenos Aires: el autor, 2007, pp. 133-135.

En esto consiste el recorrido que pretendemos hacer aquí, en nuestra comunicación, para intentar rastrear la mención que se hace en un texto del siglo I a.C. de acuerdo con las contingencias socio-políticas que se venían desarrollando contemporáneamente a su enunciación.

Y nos queda, por último, dilucidar qué son los principios jurídicos; al respecto, el Diccionario de la Real Academia Española ha establecido distintas aristas, en general, y sobre el Derecho, en particular, pero en relación con éste afirmó que los principios son una *norma no legal y supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales*. Es esta una definición que conserva, a grandes rasgos, su origen con el derecho natural al ser las bases sobre las que no sólo se erige un ordenamiento positivo específico, sino también la organización política, social y económica de una comunidad²⁶¹—como la teoría de la separación de poderes, los principios que conciernen al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, subyacentes en nuestra Constitución Nacional, y además aquéllos que regulan el régimen familiar, etc.—; incluso, y tal vez más ligado con nuestra hipótesis, podemos afirmar que radican en preceptos del derecho natural, que integran el derecho positivo, como el derecho a la vida, al integridad física y moral en las relaciones sociales y jurídicas, la equidad, para citar los más usuales en el estudio de la teoría del derecho.

Ahora bien, para los estudios romanísticos importan los principios elaborados por Ulpiano (compilados posteriormente por el emperador Justiniano en *Institutiones*), y de los cuales destacamos los siguientes porque nos ocuparemos de verificar la presencia de los dos primeros en el *DRN*²⁶²: *honestae vivere* (“vivir con honestidad”, es decir, según las *mores maiorum* romanas para que un romano pudiera convertirse en un hombre de bien), *alterum non laedere* (“no dañar a otro”, ni verbal ni físicamente, pero tampoco patrimonialmente, buscando generar un buen ciudadano), *suum cuique tribuere*²⁶³ (“dar a cada uno lo suyo”, concordando con los ideales de justicia y de la equidad; ambos criterios hacen a un buen magistrado)²⁶⁴. A continuación, en el apartado subsiguiente analizamos el *DRN* teniendo en cuenta los fragmentos escogidos.

El De rerum natura y los principios generales del derecho

Tito Lucrecio Caro, el autor del célebre poema didáctico *De rerum natura* (=Sobre la naturaleza de las cosas), ha sido un autor por demás controvertido en cuanto a sus datos biográficos, pues contamos con escasos datos sobre su vida y también sobre su muerte, más allá de la leyenda que gira sobre su trágico destino. Tal vez, al pensar en Lucrecio, acudan a nuestra memoria aquella síntesis que hace

261 Carlos Mouchet & Ricardo Zorraquín Becú. “Capítulo X: Aplicación, interpretación e integración del derecho”, en *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000, pp. 270-272.

262 Nos guiamos por la edición de Ph. Eduardo HVSCHE, *Imperatoris Iustiniani Institutionvm libri quattuor*. Lipsiae: in aedibus B. G. Teubneri, MDCCCLXVIII. *Cum praefatione et ex recognitione*.

263 Inst. 1. 1.3/D. 1.1.10.1

264 Para un desarrollo más pormenorizado de cada uno, vide Marilina Andrea Miceli & Leticia Núñez. “Evolución de los principios fundamentales de Ulpiano en la legislación argentina”, en *Lecturas de Derecho Romano VI: origen romano de los principios generales del derecho*. Buenos Aires: Ediciones del País, 2012, pp.64-70.

San Jerónimo en su *Suplemento* a la *Crónica* de Eusebio²⁶⁵:

Titus Lucretius poeta nascitur. Postea amatorio póculo in furorem versus cum aliquot libros per intervalla insaniae conscribisset, quos postea Cicero emendavit, propria se manu interfecit anno aetatis XLIII

El poeta Tito Lucrecio nace. Luego, trastornado por un brebaje amorio, compuso en verso algunos libros durante los intervalos de su insania, que después emendó Cicerón, se mató por su propia mano en el año 44 de su edad

Pero otros testimonios resultan opuestos a la afirmación de San Jerónimo, tal es el caso de Donato, escoliasta de Virgilio, para quien este poeta tomó la toga viril el mismo día en que murió Lucrecio, ubicando el deceso de nuestro autor en el año 55 a.C. y *no* en el año 51 a.C. De esta manera, Donato ofrece una versión antagónica con respecto a la fecha de muerte. Empero, se aduce actualmente que Lucrecio nació en los comienzos del siglo I a.C. y que murió entre los años 55 y 51 a.C. y se estima que vivió 45 años aproximadamente²⁶⁶.

En cuanto a su única obra, el *DRN* comporta una sistematización en lengua latina de toda la doctrina de Epicuro de Samos, en la cual se cobijan además varias personalidades del mundo tardorrepblicano romano, que es compuesta contemporáneamente a una serie de acontecimientos que denotan la caducidad de la etapa republicana: la guerra civil entre Mario y Sila, las proscripciones, las guerras de Pompeyo en Oriente, la represión de la conjuración de Catilina por Cicerón, y por último, las conquistas de Julio César en la Galia²⁶⁷; de todo el poema, solo nos detenemos en el estudio del libro V pues en él se preocupa por reflexionar acerca de tópicos como el surgimiento de la tierra y el nacimiento de la humanidad junto con el consiguiente desarrollo de la civilización²⁶⁸. Así es que en los fr. 1140 a 1160 desarrolla cuál fue el defecto (*superba*) que precipitó la caída del sistema monárquico:

Por lo tanto, cuando fueron asesinados los reyes, la majestad antigua de los tronos y los soberbios cetros yacían derribados, la brillante corona ensangrentada de la cabeza de mayor rango, debajo de los pies del vulgo, se lamentaba de su inmenso honor.

265 Al no sernos tarea fácil la localización de la obra de San Jerónimo, ni en soporte digital ni en soporte papel, tomamos la cita latina del *Suplemento* a partir de la edición de Carlos A. Disandro. "Introducción: biografía de Lucrecio", en *Lucrecio. Naturaleza de las cosas*. Traducción e introducción de C. Disandro. La Plata: Ed. Andes, 1959, pág.9.

266 Cfr. *Ibidem*, pág. 9; asimismo, A. J. Shroeder y A. J. Vaccaro. "IV El fin de la república: A. Verso, 1. Lucrecio", en *Breve historia de la literatura latina*. Buenos Aires, Claridad, 1990, pág. 59.

267 Vid. M. Von Albrecht. "Lucrecio: Vida, cronología", en *Historia de la literatura romana*. Barcelona: Herder, 1997, Vol. 1, pág. 281. Carlos García Gual sostiene que en medio de esa sociedad dominada por las pasiones, por la ambición y el terror, presa de tremendas luchas políticas, esclavizada por la dedicación a los *negotia*, al enriquecimiento desenfrenado, al Lujo [...] (Cfr. Carlos García Gual. "Algunos escritores epicúreos: Lucrecio, Filodemo, Diógenes de Enoanda y Diógenes Laercio" en *Epicuro*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, pp.227-228).

268 Isabel López Olano. "II Análisis de la obra: poesía y verdad", en Lucrecio, *De rerum natura*, una introducción crítica. Buenos Aires: Santiago Arco, 2005, pág. 44-45.

Después, Lucrecio elabora el efecto que produjo la destitución de los reyes, la acefalía, y la necesidad que tiene el pueblo de restablecer el orden antes impuesto, aunque en miras de incorporar una autoridad suprema que los represente mejor, además de instituir un sistema jurídico que propicie el respaldo jurídico necesario para que los proteja de los abusos de poder:

*Eligieron de entre ellos magistrados,
Que obedecieron voluntariamente:
Porque el género humano, fatigado
de vivir en la dura servidumbre,
y con enemistades extenuado,
más de su grado recibió las leyes
y los justos derechos...*

En esta parte del poema, Lucrecio retoma la doctrina epicúrea del placer, sensación que se obtiene solamente a través de la eliminación de todo dolor que genera una vida sin perturbación (*ataraxia*), y de la injusticia, expuesta por Epicuro en sus *Máximas*, que consiste en: *...un mal, no en sí, sino por respecto al miedo y a la sospecha de no pasar inadvertida a aquellos a quienes compete el castigo de tales actos* (K.D. XXXIV). Esto se corresponde, a la vez, con el siguiente fragmento lucreciano:

*[...] De aquí nació el temor de los castigos,
Que envenena los gustos de la vida:
El hombre mismo violento, injusto,
Queda en sus propios lazos enredado:
La iniquidad se vuelve casi siempre
Contra su mismo autor: gozar no puede
De una vida pacífica y tranquila
El que viola los sociales pactos.*

El placer solo es viable si se toman las precauciones para hacerlo, o sea, si se formalizan los pactos de convivencia que soslayan la lesión a derechos subjetivos, por lo que se determinan castigos para aquellos que no cumplan con lo convenido. Aquí, nuevamente, se está aludiendo de manera intertextual a Epicuro: *No es posible que quien secretamente viola los términos del pacto de `no dañar ni ser dañado` confíe en no ser descubierto* (K.D. XXXV). El respeto por el cumplimiento de lo pactado cobra relevancia pues asegura la justicia, no en un sentido general, sino desde Epicuro dado que la observancia del pacto acarrea, como acto, el reconocimiento de los intereses ajenos; asimismo, la abstención de perjudicar a terceros²⁶⁹. Este estado de naturaleza descrito por Lucrecio se efectiviza con “un tratado de alianza”²⁷⁰ que busca estabilizar el cosmos frente al caos que ocasionaban los reyes y la anarquía consecuente. A esto se refiere el poeta cuando habla de los “sociales pactos”, o utilizando su denominación latina, los *foedera*. Michel Serres lo asocia con un “pacto de la posguerra”, o bien un “tratado de paz”²⁷¹, lo que no deja de ser un *contrato*; se trata, en efecto, del tratamiento de temáticas afines al mundo del derecho pero con la impronta de que lo lleva a cabo una personalidad de las letras y la filosofía antiguas, mas no un juriconsulto, quedando demostrado que el derecho romano no se limita a la producción del ordenamiento positivo romano ni a la obra de los *jurisprudentes*.

Y es a través de esto que logramos captar de qué forman conciben el derecho los autores de obras literarias y filosóficas que son testigos de un tiempo que se encuentra convulsionado por las guerras civiles, en constante cambio en lo que hace a la organización política. Por esto, el derecho natural subyace en la conciencia de los individuos, juristas o no, que se preocupan por la manera de gozar de una vida sin perturbaciones, sin injusticias: esto se logra, únicamente, mediante la sujeción de los actos humanos a una serie de normas positivas que en modo alguno deben apartarse de los valores ponderados por una conciencia colectiva.

Conclusión

Hasta aquí hemos procurado hacer un análisis interdisciplinario buscando los presupuestos elementales del derecho natural, es decir, los principios generales del derecho, en fuentes extrajurídicas a los efectos de ver cuál es la reflexión que efectúan autores ajenos al mundo del derecho, como fue en esta ocasión con Lucrecio. Por otra parte, nos hemos propuesto ver cómo el principio de no dañar a terceros y el cumplimiento de los pactos comportan *condiciones sine qua non* para generar el bienestar general. De todo esto, dedujimos que resulta relevante realizar estudios interdisciplinarios pues permiten ver distintas apreciaciones sobre un mismo fenómeno: en nuestro caso, los principios generales del derecho.

269 Cfr. Anthony Long. . “Epicuro y el epicureísmo: Justicia y amistad” en *La filosofía helenística*. Madrid: Alianza, 1975, pág. 77.

270 Tomamos esta nomenclatura de Michel Serres. “Condiciones culturales. Violencia y contrato: ciencia y religión”, en *El nacimiento de la física en el texto de Lucrecio: caudales y turbulencias*. Traducción de José Luis Pardo. Valencia: Pretextos, 1994, pág. 137-138

271 *Ibidem*, pág. 141.

Referencia bibliográfica:

GARCÍA GUAL, C. Epicuro Madrid, Alianza Editorial, 1996.

LONG, A. La filosofía helenística. Madrid: Alianza, 1975.

LÓPEZ OLANO, I. Lucrecio, De rerum natura, una introducción crítica. Buenos Aires: Santiago Arco, 2005.

LUCRECIO. Naturaleza de las cosas. Traducción e introducción de C. Disandro. La Plata: Ed. Andes, 1959

MICELI, M.A. & Leticia NÚÑEZ. “Evolución de los principios fundamentales de Ulpiano en la legislación argentina”, en *Lecturas de Derecho Romano VI: origen romano de los principios generales del derecho*. Buenos Aires: Ediciones del País, 2012.

MOUCHET, C. & Ricardo ZORRRAQUÍN BECÚ. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.

RINALDI, N. Lecciones ampliadas de derecho romano. Buenos Aires: el autor, 2007.

SERRES, M. El nacimiento de la física en el texto de Lucrecio: caudales y turbulencias. Traducción de José Luis Pardo. Valencia: Pretextos, 1994.

SHROEDER A.J. y A. J. VACCARO. Breve historia de la literatura latina. Buenos Aires, Claridad, 1990.

VON ALBRECHT, M. *Historia de la literatura romana*. Barcelona: Herder, 1997, Vol. 1

OMNIS DEFINITIO PERICULOSA EST

Alfredo Gustavo Di Pietro

Alfredo Gustavo Di Pietro es abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor de derecho romano en la Universidad del Salvador y en la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Seminario Permanente de Historia e Instituciones del Derecho Romano del Instituto “Ambrosio Lucas Gioja” de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Comité Asesor de la Revista “Ius – Historia”. Miembro del Comité Científico Internacional de la Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica de Temuco. Se ha desempeñado en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto como Consultor del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Miembro de los tribunales arbitrales de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y del Colegio de Escribanos de la Capital Federal. Abogado de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires. Ha publicado trabajos en la Revista “Ius-Historia” de la Universidad del Salvador, en las Revistas “Sapientia” y “Prudentia Iuris” de la Pontificia Universidad Católica Argentina, en “Cuadernos Romanísticos” de la Asociación de Derecho Romano del Paraguay, y en la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, en entre otras publicaciones. Es miembro directivo de la Sociedad Romanista Argentina y de la Asociación de Derecho Romano de la Argentina (A.D.R.A.)

Resumen:

En el caso de las definiciones, las regulae, e incluso las leges, el derecho romano puede venir a presentarnos un modo distinto de entender el derecho. En la lengua latina es difícil establecer reglas gramaticales, y en el ámbito del derecho ocurre algo análogo. Los juristas van a considerarlas con cautela, por entender que en derecho civil, toda definición abstracta es peligrosa.

“Nulla precepta ponemus...”

(Cicero, Orator, XIV, 43)

La gramática antigua, presenta una conocida polémica entre los llamados *analogistas* y los *anomalistas*, es decir entre los que sostienen la existencia de reglas gramaticales como una propiedad definitoria de la lengua, y aquellos que ponen de relieve el carácter anómalo o irregular, como ocurre con los estoicos.

En la lengua latina, con sus diversas y variadas declinaciones, se hace muy difícil establecer “reglas”, en razón de las múltiples excepciones que se presentan al momento de declinar las palabras.

En el ámbito del derecho, ocurre algo semejante.

Fue el jurista Labeón, el primero en utilizar el término *regula* en el ámbito del derecho, con el sentido de *definitio*. Este uso normativo de regla, fue tomado de los gramáticos analogistas, proclives a establecer normas gramaticales.²⁷²

En una de las obras más hermosas de la literatura clásica, Varro plantea esta cuestión a partir de la diversidad que presenta la vida real, diciendo: *“omnibus quae usus causa ad vitam sunt assumpta dominetur inaequabilitas, in sermone quoque, qui est usus causa constitutus, ea non repudianda”*. Así como en todas las cosas que utilizamos para la vida, domina la desigualdad, no debemos rechazar que ello mismo ocurra en el lenguaje, que ha sido establecido para nuestra utilidad.²⁷³

Suponiendo admisible la regla según la cual todas las palabras análogas se declinan igual, expresada en el adagio *“similibus similiter omnia declinentur verba”*, debería seguirse que las palabras anómalas tienen una declinación anómala. Sin embargo, ello no ocurre siempre así. Varro, presenta varios ejemplos: *“Bonus”* (bueno), y *“Malus”* (malo), se declinan como *“bonum”* y *“malum”*, respectivamente. Sin embargo, en *“Lupus”* (lobo) y *“Lepus”* (liebre), palabras análogas, encontramos una declinación anómala: *lupo* y *lepori*, respectivamente. Y palabras anómalas como *“Iuppiter”* y *“ovis”* (oveja), se declinan como *“Iovi”* y *“ovi”*.

Todo ello demuestra que si bien es posible establecer ciertas pautas de declinación, no lo es el venir a establecer una *regula* que comprenda todos los casos.

A tal punto se presenta esta dificultad para establecer una regla uniforme, que el mismo Varro llega a decir que “Si uno observara estas formas regulares, debería ser tildado de loco” (*Pro insano sit reprehendus*) (*Cfr, Varro, Op. Cit. VIII, 17*).

272 STEIN, P. “Lo svolgimento storico della nozioni di regula iuris in diritto romano”, Pág. 100.

273 VARRO, De Lingua Latina, VIII, 15.

Esta peculiaridad que presenta el lenguaje, en cuanto a la imposibilidad de establecer reglas gramaticales uniformes, se verá reflejada en la mentalidad de los juristas, los cuales se van a resistir a emplear reglas jurídicas, en razón de que los casos suelen ser anómalos, distintos unos de otros y no admitir una misma solución.

Como muy bien señala Tamayo y Salmorán, los juristas, no sólo conocieron la controversia entre analogistas y anomalistas, sino que participaron en ella, y fueron en cierto sentido, conciliadores de esas tendencias. Era muy claro que ningún jurista podría operar sin un mínimo soporte de formas generales. Pero igualmente, los juristas con independencia de su concepción del lenguaje, podrían dejar de reconocer, y mucho menos eliminar las anomalías en el discurso jurídico.

Los juristas estaban bien conscientes de la íntima relación que guarda el lenguaje con el derecho, y fácilmente se percataron que enfrentaban problemas similares a los que manejaban los gramáticos. Por ello, no deben sorprendernos encontrar que los juristas toman y adaptan para su propio manejo los términos usados por los gramáticos.²⁷⁴

II.- En un célebre texto, Iavoleno expresa: “Omnis definitio in iure civile periculosa est”, que podríamos traducir literalmente diciendo: “En derecho civil, toda definición es peligrosa”.²⁷⁵

“*Definitio*”, aquí, equivale a “ley”, “precepto”, o “norma preestablecida”.

En definitiva, lo que aquí quiere advertir el jurista, es que en materia de derecho civil, es peligroso establecer leyes con la pretensión de resolver de antemano los casos que puedan venir a presentarse. Es decir que “definir” no vendría a significar aquí otra cosa que pretender adelantarse a los hechos, dándoles una solución jurídica antes que estos sucedan.

Fritz Schulz, en su obra “Prinzipien”, ha tratado con singular maestría esta cuestión, señalando que en el derecho romano, “En el principio fue el caso. Cada solución de un caso práctico se daba, sin embargo, en el convencimiento que, de producirse de nuevo el mismo caso, debía tener lugar la misma solución, pero puesto que el caso jamás puede reproducirse en todos sus detalles, cada decisión casuística contiene algo más que la solución de un caso individual: una norma jurídica que prescinde y se abstrae de algunas circunstancias del caso; En resumen, una norma jurídica abstracta”.²⁷⁶

Sin embargo, la jurisprudencia romana en su conjunto, se va a mostrar reacia a la abstracción. “No hay que creer que esta actitud proceda de una incapacidad propia de épocas primitivas. –pues también la jurisprudencia clásica comparte el magnánimo culto helenístico de la ciencia–, sino que depende, por el contrario, del claro conocimiento del peligro que el exceso de abstracción lleva consigo. Los conceptos y las reglas generales del derecho corren siempre el riesgo de producir daños, porque al establecer una regla del derecho, no se consigue dominar plenamente las posibles variantes que presenta la realidad”.²⁷⁷

274 TAMAYO y SALMORAN, Rolando; *Regulae Iuris*.

275 DIG. 50, 17. 202.-

276 SCHULZ, F.; *Principios*, Pág. 61, Ed. Civitas, Madrid, 1990.

277 SCHULZ, F.; *Op. Cit.*, pág. 63;

En algún modo, la actitud de los juristas romanos frente a las reglas abstractas, podría compararse con la actitud de un sastre que se niega a confeccionar un traje, si no tiene a la vista a la persona que lo va a utilizar. No se trata de una cuestión de capacidad para confeccionar la prenda en ausencia del cliente. Se trata más bien de conocer los peligros que encierra confeccionar una prenda sin conocer las medidas exactas del cuerpo que las va a lucir, pues cada cuerpo es distinto del otro.

El jurista moderno se presenta así, más audaz, pues se asemeja al sastre que confecciona prendas en serie, presuponiendo las medidas de los cuerpos, y arriesgándose a incurrir en el error que se puede presentar al momento de utilizarlas.

En definitiva, los juristas clásicos conocían las reglas abstractas, y sin embargo evitaron recurrir a ellas, y prefirieron considerar el caso desde una perspectiva individual.

El jurista clásico trabaja siempre en el nivel de la realidad concreta que es sometida a su análisis.

III.- Llegados a este punto, debemos preguntarnos cuál es el lugar que les cabe a los principios generales, a las “*iuris regulae*” y a los aforismos en la labor de interpretar el derecho. La respuesta, curiosamente se encuentra en las palabras, pues estas reglas jurídicas se expresan en lo que comúnmente llamamos “adagios”.

Tal como enseña Varro, la palabra “adagio”, es la misma palabra que “ambagio”, con alteración de una letra.²⁷⁸ Y a su vez la palabra “ambages”, ambigüedades, deriva de la raíz “*ambe*”, que significa “a un lado y a otro”, la cual, además se encuentra en “*ambitus*” (rodeo), y en “*ambitosus*” (que va de un lado para otro, generalmente captando votos); de allí proviene la palabra “ambicioso”.²⁷⁹

De tal modo que un adagio, cuya traducción literal sería la de proverbio, no vendría a ser sino una regla ambigua, que puede venir a brindar una solución en un sentido o en otro.

De tal modo, los adagios no pretenden “definir” anticipadamente la solución *iusta* de un conflicto, sino tan solo aproximar un criterio de solución, que puede ser ambiguo según el modo en que se presente el caso concreto.

En cierto sentido, los adagios expresan los primeros principios y podrían perfectamente venir a entenderse como “aproximaciones”, en la medida que no pretenden definir previamente una solución abstracta, sino más bien, constituir una herramienta de orientación para el jurista que tiene frente a sí el caso, y que debe resolverlo.

V.- Siguiendo a Enrico Pattaro, entendemos que los principios generales del derecho toman, en una acepción originaria y significativa, el nombre de *regula*.

278 VARRO, Op. Cit. VII, 31: “*Adagio est littera commutata ambagio, dicta ab eo quod ambit orationem, neque in aliqua una re consistit sola.*”

279 VARRO, Op. Cit. VII, 30: “*Profectum a verbo ambe, quod inestin ambitu et ambicioso.*”

Mientras que en su origen, hacia el último siglo de la república, las definiciones fueron más descriptivas que normativas, los jurisconsultos clásicos miembros del *consilium principis*, van a procurar otorgarle un carácter normativo.

Extendieron su alcance, con un carácter general dentro del campo del derecho, como ocurrió con la regla catoniana, en materia de legados.²⁸⁰

Sin embargo, la idea de *regula* va a ir sufriendo algunas transformaciones durante la edad media.

Accursio va a establecer los principales temas teóricos que giran en torno a las *iuris regulae*: su naturaleza, la potestas, el officium y las excepciones, todo lo cual mereció el tratamiento por parte de Dino Da Muguello en su obra *De Regulis Iuris Pontifici*.

En particular, Da Muguello, se pregunta si las *regulae iuris* crean nuevo derecho, o sintetizan el derecho viejo, a lo cual va a responder diciendo que cuando el derecho ha sido establecido antes de la formulación de la *regula*, ésta no crea derecho, pero cuando la *aequitas* de casos jurídicamente ya decididos sea aplicable también a otros, entonces la *regula* produce derecho en virtud de la *identitas rationis*: casos iguales no pueden ser tratados diversamente.²⁸¹

Así, del último título del *Digesto*, *De diversis regulis iuris antiqui*, este concepto pasa conservando el nombre de *regula*, a la obra de glosadores y comentaristas, quienes van a prestar especial atención al Título XVII del Libro L del *Digesto*.

Allí, aparece un concepto de regla que dice: *Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat*.²⁸²

Es decir, no es que se toma de la regla el derecho, sino precisamente a la inversa, es del derecho que surge la regla. La idea de *regula*, supone la existencia del derecho. Y todo ello con el convencimiento que si la regla pudiera estar viciada, en el sentido que no resultara aplicable al caso, perdería su sentido.

IV.- El problema se va a presentar con el modo en el que se van a entender las *regulae* en el derecho moderno, expresadas bajo la forma de aforismos o adagios, a los que en muchos casos, -y erróneamente- se les va a pretender atribuir un carácter normativo.

Así, las “*iuris regulae*”, despojadas de su sentido primigenio, van a perder el lugar de relevancia que tuvieron otrora, para pasar a ubicarse en un lugar de confrontación con el derecho positivo.

280 PATTARO, Enrico. Principios Generales del Derecho. UNAM, Revista de Derecho Comparado, N° 59, Pag. 537.

281 STEIN, P. *The Digest Title De diversis regulis iuris antiqui and the General Principles of Law*. P. 10-15.

282 “*Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est: quae, simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum*”.

En el caso particular del derecho civil argentino, cuando Jorge Joaquín Llambías, en su Tratado de Derecho Civil, aborda el tratamiento del tema de la Teoría de la Hermenéutica, define a ésta última como el “*Conjunto de principios que debe tomar en cuenta el intérprete para una adecuada interpretación de la norma jurídica*”.

Más adelante, se pregunta “si los principios de tal teoría pueden ser establecidos imperativamente por el legislador”, y hace una referencia a los adagios, diciendo:

“Antes de entrar al examen de la teoría de la hermenéutica, debemos desechar la eficacia y valor que erróneamente se suele atribuir a una serie de aforismos jurídicos, muy frecuentados por los prácticos del derecho, y a los que se considera, aún inconscientemente, como expresiones de una sabiduría irrefutable”.

Citando a Ruggiero, añade:

*“Toda la teoría de la hermenéutica parecería asociarse a estas máximas tomadas de la lógica, y las más de las veces empleadas disparatadamente. Suenan como otros tantos proverbios de la sabiduría jurídica —por ejemplo, “ubi legis ratio ibi eadem dispositio”, “cesante legis ratione cessat eius dispositio”, “ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus”, “inclusio unius fit exclusio alterius”—, y son por el contrario, el más peligroso instrumento en manos del Juez, a poco experimentado que sea éste en el difícil arte de interpretar. Tienen la apariencia de principios generales y absolutos y no hay uno solo que no sea falso como máxima general: parecen las más de las veces contradictorios y antitéticos de modo que contra uno que afirma o sienta una regla, es siempre fácil hallar otro que contenga la opuesta, y tienen por el contrario, cada uno su imperio dentro de límites propios fuera de los cuales adquiere vigor la regla contraria, pero cuáles sean estos límites no se averigua. Y un gran número de errores en la aplicación de los textos legales reconoce como causa directa e inmediata el abuso de tales aforismos por Jueces y Abogados, precisamente porque, como se ha dicho, son falsos en su generalidad”.*²⁸³

Es decir que el citado autor no considera las “*iuris regulae*” como pautas de interpretación, sino que las presenta en una situación de pugna con el derecho positivo.

Tal modo de entender las reglas jurídicas, es erróneo, y se encuentra en las antípodas de lo que concibieron los juristas clásicos.

Las “*iuris regulae*”, en el contexto del derecho moderno, no deben entenderse entonces como “reglas rígidas”, sino más bien como “reglas blandas”, de utilidad para el jurista en la prudente labor de la *interpretatio*. No expresan ellas la rigidez del *ius*, sino la flexibilidad de la *aequitas*.

Cabría entonces, recordar las palabras de Terencio: “*ius summum saepe summa malitia est*”, frase introducida en el diálogo de la comedia “*El atormentador de sí mismo*”, idea que, -un siglo después-,

283 LLAMBIAS Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo I, Pág. 108, Ed. Perrot, Buenos Aires, X edición. (Cfr. R. de Ruggiero, Instituciones de derecho civil, Ed. Madrid, Vol. I, Pág. 134, ap. 1).

Cicerón va a expresar más claramente diciendo “*Summum ius, summa iniuria*”.²⁸⁴

Es la misma máxima que volvemos a encontrar en un texto de Columela, en *De Re Rustica* que expresa: “*summum ius antiqui, summam crucem putaban*”, y que expone a la rigidez del *ius* como el peor de los castigos.

284 Publius Terentius Afer; *Heautontimorumenos*, IV.V.795

APROXIMACION A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LA LEGISLACION NACIONAL Y SU ESTRECHA VINCULACION CON EL DERECHO ROMANO

Por Anabella Facciuto Kaed

Anabella Facciuto Kaed es abogada UBA, Asesora Legal en el Ministerio de Salud de la Nación, Profesora de Derecho Romano en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad del Salvador, Miembro del ADRA, Miembro del Seminario Permanente sobre Investigación de Historia e Instituciones del Derecho Romano en el marco del Instituto del Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”. Diplomada en Dcho. Publico Romano (UAI). anafkaed@hotmail.com

Resumen

El presente trabajo de investigación intenta acercarse a la problemática de los Principios Generales del Derecho, tema por demás controvertido por la existencia de distintas corrientes doctrinarias tanto en la legislación nacional como la internacional. Asimismo, se tratarán los Principios Generales del Derecho en la legislación argentina a la luz de los artículos 15 y 16 del Código Civil. En tal sentido, se indagará sobre las funciones que desempeñan y se conocerán los principales fundamentos que de ellos dan las corrientes Iusnaturalistas y Positivistas. Se estudiará la vinculación de la temática de los Principios Generales del Derecho con el Derecho Romano a través de un análisis del Digesto Libro 50 T 17 –el cual versa sobre “De diversis regulis iuris antiqui”-. Por último, a modo de cierre se esbozará una conclusión del tema tratado.

“La verdad se corrompe tanto con la mentira como con el silencio”.

“Falsum ac verum tacitus corrumpit”

“No saber lo que ha sucedido antes de nosotros es como ser incesantemente niños”.

“Nesciens quid contigit ante nos est sicut ens intermisisset filios”

CICERON.

El termino latino *principium* está compuesto por la raíz derivada de *pris*, que significa lo “lo antiguo” y “lo valioso” y de la raíz *cap* que aparece en el verbo *capere* –tomar- y en el sustantivo *caput* –cabeza-. Por lo tanto, tiene un sentido histórico (“lo antiguo”), un sentido axiológico (“lo valioso”) y un sentido ontológico (“cabeza”).

II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA DOCTRINA

Diversos autores se preocuparon por definir lo que son los principios, uno de ellos es Dworkin quien llama principio a un estándar que ha de ser observado, al ser una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Para este autor la diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es lógica, además que considera que las normas son aplicables como disyuntivas, si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. Los principios para este autor enuncian una razón, un camino a seguir por el juzgador.

En otro orden de ideas, el jurista Carlos Nino encuentra en los principios generales del Derecho una técnica dogmatica para justificar soluciones originales. Considera que los juristas se ocupan de sistematizar el orden jurídico, reemplazando conjuntos de normas por principios más generales y pretendidamente equivalentes a ellas. De este modo, se logra una mayor economía del sistema, presentándolo como un conjunto de pocos principios, cuyas consecuencias lógicas es más fácil determinar.

En relación a la temática en estudio, la Doctrina Nacional e Internacional se ha enrolado en dos grandes corrientes doctrinarias, a saber: la corriente positivista o histórica, y la filosófica o iusnaturalista.

Para la corriente positivista o histórica, los Principios Generales del Derecho son aquellos principios históricamente contingentes que dieron fundamento o inspiración a una determinada legislación. Estos pueden o no estar contemplados en la misma. Ahora bien, si están contemplados la cuestión se simplifica por cuanto el remedio se encuentra mediante su compulsa. Por el contrario, si no se encuentran en la legislación vigente es tarea de los juristas establecerlos mediante los métodos de integración o de hermenéutica jurídica.²⁸⁵

Para la corriente filosófica o iusnaturalista, los Principios Generales del Derecho son principios universales y eternos, claros exponentes del valor justicia emparentados con el Derecho Natural en algunos supuestos y en otros como valores de referencia.

285 COSTA, J. *Temas de Derecho Romano*, (Buenos Aires, 1994), págs. 20-21.

*a-) Postura de la Doctrina Nacional e Internacional respecto a las corrientes Positivistas e Iusnaturalistas.*²⁸⁶

En la doctrina extranjera, los Doctores Entrena Cuesta, Urbina y Del Vecchio, simpatizan con la corriente iusnaturalista.

Del Vecchio afirma que los “Principios Generales del Derecho” están plenamente identificados con el Derecho Natural y muestra que el método apropiado para hallarlos consiste en ascender por generalización creciente de las disposiciones de la ley a reglas cada vez más amplias hasta lograr que el caso dudoso quede incluido dentro de alguna de ellas, concluyendo la búsqueda en los principios provenientes del Derecho Natural.

Por su parte, Urbina expresa que los Principios Generales del Derecho están en el Derecho Natural pero aclara que éste debe conforme con la realidad histórica.

Dentro de la corriente positivista, Carnelutti cree que los Principios Generales del Derecho están dentro del derecho escrito, ya que no son otra cosa que el espíritu o la esencia de la ley.

Coviello cree que los Principios Generales del Derecho son presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de las cuales en fuerza de abstracción debe exclusivamente deducirse.

Para De Diego los Principios Generales del Derecho se presentan en tres etapas. La primera otorgando confirmación y solidez a la solución que nos brinda la ley o la costumbre. La segunda fecundando y ampliando las reglas aisladas que se encuentran en la ley deduciendo los principios más generales. Y la tercera etapa completando el Derecho Positivo y creando nuevas reglas de solución, creando un Derecho renovado, diferente del promulgado.

En cuanto a la doctrina nacional, Llerena opina que son aquellos principios de valor universal sancionados por la propia conciencia del hombre como síntesis de lo que es justo y equitativo y que Dios ha inspirado al corazón humano.

Spota considera que estos principios son aquellos que derivan de la ciencia del derecho, reflejados en la jurisprudencia, doctrina y legislaciones universales, que integran el fondo común legislativo supranacional para cuya revelación es tan útil la investigación comparativista; y que si aun así no se colmara la “la laguna de derecho” el Juez obrara como si fuese legislador inspirándose en las necesidades de la vida y en los intereses morales, sociales y económicos en juego.

Borda señala que si el legislador nos remite por imperio del artículo 16 del Código Civil a los Principios Generales ha pretendido trasladar a última instancia de solución al alcance del juzgador para que resuelva cualquier conflicto posible y por eso este concepto debe tomarse en su máxima amplitud; argumentando que a su parecer sería difícil imaginar algunos de estos principios que no se hallen implícitamente o expresamente acogidos por nuestras leyes o por la Constitución Nacional.

286 *Ibid.*, págs. 20-28.

Llambias sostiene que los Principios Generales del Derecho se refieren al Derecho Natural y que deben aplicarse con equidad conforme resulta de lo dispuesto al final de nuestro artículo 16 del Código Civil cuando señala “las circunstancias del caso”.

Cossio dice que los Principios Generales del Derecho se encuentran en la conciencia nacional y que el artículo 16 del Código Civil se refiere a los supremos juicios de valor jurídico conforme a la razón; que cuando Vélez Sarsfield se refiere a los Principios Generales del Derecho sigue las orientaciones del Derecho Natural y confía a la razón la tarea de llenar las lagunas de legislación con preferencia a otros criterios estimativos. Por ello, señala que los Principios Generales del Derecho no son otra cosa que juicios estimativos de justicia conforme a la razón.

Por último, Aftalion, Linares y Villegas Basabilaso tienen una postura similar a la expresada por Cossio precedentemente.²⁸⁷

b-) El Código Civil Argentino: Análisis de los artículos 15 y 16.

El artículo 15 del Código Civil establece que “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”.²⁸⁸

Seguidamente, el artículo 16 del Código Civil argentino, plasmando en él diversas fuentes del Derecho Romano, en las cuales Vélez Sarsfield se inspiró para la redacción del mismo expresa que:

Art. 16 “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.²⁸⁹

Para lograr una adecuada interpretación del artículo mencionado, resulta imperioso efectuar un análisis pormenorizado del mismo. Así las cosas, cabe destacar que cuando hablamos de interpretación queremos significar la búsqueda de sentido y valor de la norma para medir su extensión precisa y apreciar su eficiencia en relación al gobierno de las relaciones jurídicas presumiblemente comprendidas en el ámbito de su vigencia.

La norma en estudio se refiere tanto a la interpretación como al sistema de fuentes del Derecho Civil; en cuanto alude a las palabras y al espíritu de la ley. No obstante, si pese a la indagación que se haga del texto y de la intención del legislador no se arribase a la solución del caso, el juzgador ha de recurrir a la interpretación integradora que se resuelve en la utilización de la analogía; y en definitiva puede recurrir a los principios generales del derecho, no haciendo uso tan solo de aquellos que emanan del ordenamiento positivo, sino vinculado al Derecho natural o a la idea de justicia.

287 Ibid.

288 *Código Civil y Leyes Complementarias*, (Buenos Aires: Editorial Estudio S.A., 2000), pág. 11.

289 Ibid, pág.12.

Pero antes que nada debemos preguntarnos: qué es la analogía? Podemos definirla como la aplicación a un caso no previsto de la norma que se refiere a otro, que ofrece con el primero una similitud que el juzgador considera suficiente para que la aplicación este justificada, por concurrir en uno y otro idéntica razón.

Por lo expresado precedentemente, cuando hacemos alusión a los Principios Generales del Derecho lo hacemos siendo conscientes que constituyen una fuente del Derecho reconocida expresamente por la norma bajo análisis.

Un principio general del derecho es una norma rectora. Fundamentalmente, los principios generales del derecho cumplen dos funciones:

- Como fuente de interpretación de la ley.
- Como elemento de la interpretación.

Ahora bien, como Fuente, se sostiene que los principios generales del derecho son tales en cuanto se recurre a ellos para resolver las cuestiones que no tienen solución en la ley o en las costumbres, como indica el artículo que estamos analizando. Asimismo, fijan además un límite al arbitrio del juzgador, garantizando que la decisión no entre en colisión con el espíritu del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, los principios generales servirán como elemento de interpretación de la ley, y, en este sentido, ello trae aparejadas dos consecuencias fundamentales:

- las posibles contradicciones entre las disposiciones positivas concretas se resolverán en base a los principios generales,
- el principio general inspirador de una disposición que ofreciere dudas nos señalara el camino para su interpretación.

Podemos decir que el artículo en estudio nos muestra aquellos casos en que existen ciertos vacios en la ley, vacio que es conocido con el nombre de **lagunas**.

La laguna de la ley es una situación no reglada por ella expresa ni implícitamente, y es justamente su existencia el presupuesto para que recurramos a la analogía, entendiendo por tal al proceso lógico que tiende a inducir de soluciones particulares el principio que las explica, para así buscar las condiciones del mismo principio en otras hipótesis a las que se lo aplica por la vía de la deducción.

Como mencionáramos al inicio de este trabajo, Vélez Sarsfield en la elaboración de este artículo –como así también de todo el Código Civil- se inspiró en las avezadas fuentes que le legó el Derecho Romano.

Por lo expuesto, si analizamos la Nota que realizó el Codificador sobre el artículo 16 puede apreciarse la gravitación e influencia del Digesto, obra perteneciente a la recopilación Justiniana. Asimismo,

no puede dejarse de lado en la nota referenciada la mención que se hace sobre Las Siete Partidas de Afonso X El Sabio.

Algunas de las FUENTES en las que Vélez Sarsfield se basó para la conformación del Artículo 16 del Código Civil son las siguientes:

L.13, Libro XXII, Título V, Digesto.

“(...) lo que se omitió en las leyes no se omitirá por la rectitud de los juzgadores, a cuyo cargo corresponde hacer pesar también la fe del testimonio, que hubiere prestado un hombre de integra frente”.²⁹⁰

L. 11, Libro XIX, Título V, Digesto.

“Como no está completo el número de las acciones, por esto se requieren muchas veces las acciones por el hecho. Pero también a aquellas acciones, que están manifiestas en las leyes, si la ley fuera justa y necesaria, las suple el Pretor en lo que le falta a la ley; lo que hace en la ley Aquilia dando acciones por el hecho, acomodadas a la ley Aquilia; y esto lo exige la utilidad de aquella ley”.²⁹¹

A continuación, citare otras leyes mencionadas en la nota en estudio por el Codificador que pertenecen a las Leyes de Partidas, que al decir del Doctor Eduardo Elguera las mismas ostentan un notorio carácter romanista.²⁹² Asimismo, siguiendo a la Doctora Louzan de Solimano podemos decir que sabemos que las Partidas no son más que la traducción al romance de las Disposiciones del Corpus Iuris Civilis.²⁹³

Ley 1, Título XXXIII, Séptima Partida.

“Significación y declaración de palabras tanto quiere decir como demostrar y esforzarse por exponer claramente el propio nombre de la cosa sobre la que es la contienda, o si tal nombre no tuviese, mostrarla o averiguarla por otras señales ciertas. Y porque, según dijeron los sabios antiguos, las maneras de las palabras y de los hechos dudosos con cómo sin fin, por ello no podría el hombre poner doctrina cierta sobre cada una de las cosas que podrían acaecer; mas sobre las razones generales que son usadas hablaremos y según la semejanza de estas podríanse librar las otras que acaecen de nuevo”.²⁹⁴

290 Justiniano, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, T. II Digesto*, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=601>.

291 Ibid, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, T. I Digesto*, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=600>.

292 Louzan de Solimano, N., *Curso de Historia e Instituciones del Derecho Romano*, (Buenos Aires: Fundación Editorial de Belgrano, cuarta edición, 1993), págs. 120-121.

293 Ibid., Pág. 122.

294 Alfonso El Sabio, *Las Siete Partidas*, disponible en <http://www.vicentellop.com/TEXTOS/alfonsoXsabio/las7partidas.pdf>.

Regla 36, Título XXXIV, Séptima Partida.

“Que no se hacen leyes sobre cosas que pocas veces acontecen. Aun dijeron, que no se deben hacer leyes, si no sobre las cosas que suelen acontecer a menudo. Y por esto no quisieron los antiguos ocuparse de actuar sobre las cosas que vinieron pocas veces; porque tuvieron, que se podría juzgar por otro caso de ley semejante, que fallase por escrito.”²⁹⁵

Ley 11, Título XXII, Tercera Partida.

Que deben hacer los juzgadores, cuando dudaren en cómo deben dar su juicio.

“Muy cerca están de saber la verdad, aquellos que dudaren de ella, así como dijeron los sabios antiguos. Y por esto decimos, que cuando los jugadores dudaren, en qué manera deben dar su juicio, en razón de las pruebas, y de los derechos que ambas partes mostraron, entonces deben preguntara los hombres sabio sin sospecha, de aquellos lugares que ellos han de juzgar, y mostrarles todo el hecho, así como paso ante ellos.

Y si en respuesta de estos sabios pudieran haber recabado, de manera que salgan de aquella duda, deben dar el juicio en la manera que de suso mostramos. Pero si algunos no pudieren aclarar aquella duda, deben hacer escribir todo el pleito, como paso ante ellos, bien y lealmente, y después hacerlo leer ante las partes, para que vean, y entiendan, si está escrito todo lo que se fue razonando. Y si fallaren que es alguna cosa crecida, o menguada, o cambiada, deben enderezar, y después sellar el escrito con sus sellos, y dar a cada una de las partes el suyo, para que lo lleven al Rey: y sobre todo esto deben los jueces hacer su carta, y enviarla al rey recontándole todo el hecho, y la duda en que están. Y entonces el Rey, sabida la verdad, puede dar el juicio, o enviar a decir a aquellos juzgadores, de cómo lo deben dar, si se quisiere.

Pero ningún juzgador no debe esto hacer por excusarse de trabajo, ni por retrasar el pleito, ni por miedo, ni por amor, ni desamor que tenga a alguna de las de las partes, si no porque no sabe escoger el derecho, tan bien como debía, o quería. Si de otro modo lo hiciese, debe por esto recibir pena, según entendiere el Rey que merece”.²⁹⁶

Ley 15, Título XXIII, Tercera Partida.

Como de la declaración que hiciese el juzgador sobre algún juicio dudoso, se pueden alzar.

“La duda acontecida entre las partes sobre las palabras del juicio que fuese dado entre ellos, de manera que cada uno de ellos tomasen entendimientos contrarios de diversos modos; si después tomasen el juzgador que les dio en el juicio, para que dijese cual fue su intención cuando dijo aquellas palabras, y que se las declare, y el juzgador les digiere su entendimiento; entonces, si alguna

295 Ibid.

296 Alfonso El Sabio, *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia*, Tomo II, disponible en <http://books.google.com.ar/books?id=FtHDFsQa1aEC&pg=PA1185&dq=te+rcera+partida+titulo+xxiii+de+alfonso+el+sabio&hl=es&sa=X&ci=396PUd29MYeA9QSV4YHICQ&sqi=2&ved>.

*de las partes se tuviese por agraviada de la declaración que el juez hiciere, bien se puede alzar al Rey: y en tal alzada como esta, no van a razonar las partes otra cosa. Fuera de esto, si aquel entendimiento, que el juzgador hizo sobre las palabras oscuras del juicio, si fue derecho o no. Así mismo decimos, que cuando aconteciese, que los juzgadores dudasen, de cómo darían sus juicios, y sobre esto, queriendo ser ciertos, enviásen al Rey sus cartas, de cómo paso el pleito; si haciéndolas, se agraviase alguna de las partes, diciendo que enviaban las razones menguadas, o acrecidas, o que las pusiesen de otra manera que no fueron tenidas; si entonces los juzgadores no lo quisieren enderezar, bien pueden tomar alzada de tal agravamiento. Y aun decimos, que si el Rey enviare su respuesta a los juzgadores que le enviaron esta pregunta, mandándoles, como juzguen aquel pleito; Para que ellos después diesen su sentencia en aquella manera que el Rey les mando, si alguna de las partes se tuviese por agraviada. Bien se puede alzar al Rey”.*²⁹⁷

Es importante mencionar, que la nota al artículo 16 realizada por el Codificador hace una importante aclaración: que las leyes 11, Tit. 22 y 15, Tit. 23 de la Tercera Partida –ut supra citadas, ordenan que, no pudiendo el juez salir de la duda, de hecho o de derecho, remita la causa al soberano para que lo decida.

Luego de haber analizado los artículos 15 y 16 del Código Velezano y la nota al último, continuaremos con un trascendente tema vinculado con la problemática en estudio: el de las Regulae Iuris.

III. ANALISIS DE DIVERSIS REGULIS IURIS ANTIQUI (D. 50, 17). VINCULACION CON LA TEMATICA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

“Regla es la que expone brevemente la cosa, tal cual es. El derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho que hay. Así, pues, por medio de una regla se hace breve narración de las cosas, y como dice Sabino, es como un compendio de la causa, que tan pronto como es viciada en algo, pierde su eficacia”. D. 50, 17, 1.²⁹⁸

El Título 17 del Libro 50 del Digesto –al igual que el Título 16 (De Verborum significatione)–, si bien no tienen conexión con los demás títulos de ese Libro ocupan un puesto lógico si se mira la obra en conjunto, pues no son solo el cierre del Libro 50 sino de toda la obra. Tanto el Título 16, con sus definiciones de términos, como el Título 17, con sus principios jurídicos, se presentan como un valioso compendio final, al cual recurrir durante la lectura de toda la obra.²⁹⁹

Por otra parte, un aspecto que llama la atención es que el nombre del Título 17, incluye el adjetivo “antiquus”, que puede confundirnos puesto que puede interpretarse como antiguo, en el sentido de

²⁹⁷ Ibid.

²⁹⁸ Justiniano, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, T. III Digesto*, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=602>.

²⁹⁹ Royo Arpon, J., “Aproximación al sentido funcional de regula”, *Anuario da Facultade de Dereito*, disponible en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2346/1/AD-8-43>.

anterior al *ius novum* impuesto por Justiniano. En relación a esto, podemos afirmar que al colocar el adjetivo mencionado, debemos entender que estamos ante una selección de reglas del mejor y más venerable pensamiento jurídico romano.

Aunque al tomar el primer contacto con el Título 17 puede parecernos que su contenido carece de cualquier orden, la materia esta ordenada siguiendo una peculiar disposición: sigue la interpretación de determinados libros y/o autores. Uno de ellos fue Friedrich Bluhme, que halló este patrón en la redacción del Digesto. Conforme este autor, los materiales del Digesto están dispuestos en 4 grupos, a saber: la masa sabiniana, la masa edictal, la masa papiniana y la masa apéndice. En el Título 17, podemos observar que las reglas se encuentran agrupadas en el siguiente orden:

Comentarios Ad Sabinum: 2-40.

Comentarios Ad edictum: 41-57.

Comentarios a diversos textos: 58-73 (58-61 de Ulpiano), (62-67 de Juliano).

Comentarios a la masa Papiniana (cuestiones, responsa): 74-92.

Comentarios a diversos textos: 93-101.

Comentarios Ad edictum: 102-167.

Comentarios a diversos textos: 168-210 (168-180 Plautium), (183-193 Digestorum)

a-) Definición de regulae iuris.

El sustantivo *regulae* (regla en castellano), carece de una connotación unívoca, admitiendo diversos significados.³⁰⁰ La palabra *regla* en general, proviene del latín *regula*, y puede expresar diversas cosas, por ejemplo, en un sentido *coloquial* se utiliza la palabra *regla* para denotar el artículo de trabajo que sirve para trazar líneas rectas, es decir, la *regla* es un instrumento de cálculo. También decimos de *regla (s)*, a los preceptos o máximas que deben seguirse en una determinada ciencia o arte para la consecución de un fin específico. Por otra parte, referido al comportamiento humano, *regla* significa aquello que debe ser acatado por estar así convenido en una colectividad; vrg. las reglas seguidas en las comunidades religiosas. En este sentido, se habla de un hábito ya adquirido y de la manera en que dicho hábito se generaliza para convertirse definitivamente en costumbre.

La calificación al sustantivo de *iuris*, da a la expresión de *regulae* una connotación análoga a las anteriores. Se reconocen así *aquellas máximas, la mayor parte de las veces formuladas en forma breve,*

300 Twining, W. y Miers, D., *Come far cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto* (Milán, Giuffrè, 1988), pág. 177.

seguidas en el análisis del derecho y que contienen cierta pretensión de generalidad. Ésta última es su significación primaria aceptada por gran número de romanistas. En tal sentido, Burdese, por ejemplo, las reconoce como principios fundamentales del derecho.³⁰¹ Guariano admite igual significación que el autor anterior. Con un alcance similar, Alvaro D'Ors acepta el significado anterior al establecer que las *regulae* aparecieron en la literatura jurídica como aforismos que resultaban de una abstracción de soluciones casuísticas congruentes, como principios de la ciencia del derecho, es decir, reglas doctrinales.³⁰²

Las definiciones anteriores confirman el sentido original de las *regulae iuris* que hallamos en el Digesto, es decir, ser una breve narración de lo que las cosas son, de lo que el derecho es en definitiva.

El significado mencionado precedentemente tiene una importancia vital pues en un sistema normativista como el nuestro, el derecho se extrae de la regla, cuando en el derecho romano ésta se extraía de lo que el derecho era realmente.

Para esta tradición antigua, primero es el derecho real, y luego de éste se extrae la regla, no a la inversa. De esta manera, la regla transmite una breve noción de las cosas.

b-) Ubicación de las regulae iuris en el Derecho Romano.

La mayoría de los romanistas coinciden en aceptar que la creación y operatividad de las *regulae iuris* puede ser ubicada en el Periodo Clásico del derecho romano, el que coincidiendo con el último tramo histórico de la República, abarca aproximadamente entre los siglos 130 o 100 a.C., hasta el año 130 d.C. Este es el momento en el que con mayor auge se acuñan tales reglas, evidenciando a la vez la operatividad jurídica de las mismas.³⁰³

La recepción de las *regulae iuris* se llevó a cabo en el Digesto y fue hecha en el título 17 del libro 50 de dicha obra.

Ahora bien, ¿a qué denominamos derecho antiguo? El que regia en tiempo de los jurisconsultos Juliano, Paulo, Ulpiano, Papiniano y el establecido por los emperadores que precedieron a Justiniano.³⁰⁴ Por lo tanto, lo que se contiene en el título 17 del libro 50 del Digesto, abarca los siglos que van desde el II a.C. al momento de su recepción por Justiniano, es decir, el VI.

c-) Importancia de las regulae iuris en la producción del derecho.

En este periodo de la historia la comprensión del derecho por parte del jurista romano se refirió y fue desarrollada a partir de la práctica jurídica, formulando una jurisprudencia eminentemente casuística, en el que la dialéctica se exigía como método necesario para la fundación del *ars iuris*.

301 Burdese, A., *Manual di diritto privato romano* (Turín, Utet, 3a edición, 1987), pág. 37.

302 D' Ors, A., *Derecho Privado Romano* (Pamplona, Eunsa, 1983), pág. 44.

303 *Ibid.*, págs. 34-36.

304 *Ibid.*, pág. 343.

En este sentido, Guzmán Brito afirma que “en la mente del jurista romano todo el derecho esta potencialmente presente al resolver un caso, porque éste, por definición, siempre puede ser examinado desde diversos puntos de vista, debido a lo cual el derecho es presentado en forma dinámica”.³⁰⁵ En un sentido similar, Alvaro D’Ors afirmara que “la actividad de los prudentes consistía principalmente en dictaminar sobre casos propuestos por los particulares, pero también por los jueces y los magistrados. Sus respuesta se fundan en criterios objetivos, pero éstos no se declaran ordinariamente, pues lo que vale es la autoridad de quien los profiere. Cada responsum sirve de precedente doctrinal ejemplar (exemplum) y tiene más o menos influencia, según la autoridad personal de su autor. La doctrina procedente por vía casuística y de progresiva extensión analógica; solo excepcionalmente gusta de formular principios en forma de reglas (regulae) o de hacer definiciones”.³⁰⁶

De lo dicho anteriormente, podemos conocer algunas notas identificatorias de las regulae iuris en dicho periodo de la historia: I-) las regulae iuris brindan respuestas a un conflicto jurídico. Respuestas sobre las que discurría el razonamiento del jurisprudente o que le servían de base para ofrecer una respuesta; II.-) la respuesta ofrecida por las reglas solo son propuestas a posteriori para aquellos casos futuros y se presentaran con los anteriores cierta analogía; III.-) las reglas eran conformadas y utilizadas desde un sistema abierto y de razonamiento practico.

Según Bronchorst, el uso y operatividad de las reglas ofrecieron dos ventajas a la practicidad del derecho: la primera de ellas es la de entender a las reglas del derecho como lugares comunes, “para que si no ocurriese al pronto la resolución especial que debe darse en alguna cuestión de derecho, podamos ocurrir a este tesoro común, de donde deduciremos lo que esté dispuesto acerca de la cuestión que se nos propone, y podamos responder a ella desde luego”.³⁰⁷

En relación con lo dicho, podemos decir que las reglas se constituyen como proposiciones breves y por tanto generales en las que se condensan casos del derecho semejantes, convirtiéndose así en una especie de índice para él. En segundo lugar, para adquirir “mucha viveza para sostener las cuestiones, y una gran facilidad para decidir las causas, porque cuando se trata de punto o materias dudosas, se encuentra un gran auxilio en tener a la mano un axioma o regla general de derecho que nos ilustre y nos sirva para resolver la duda”.³⁰⁸

Las regulae iuris sirvieron, las más de las veces, como punto de referencia en la búsqueda de la solución correcta al caso planteado. Su funcionamiento era el punto de partida en el razonamiento del jurisprudente, en la búsqueda de la solución justa.

IV. Conclusion Final

A modo de colofón podemos decir que más allá de las diferentes corrientes doctrinarias existentes en la temática de los principios generales del derecho y su correspondiente fundamentación, el tema

305 Guzmán Brito, A., *Derecho Privado Romano*, T 1 (Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996), pág. 13.

306 D’Ors, A., *Derecho Privado Romano* (Pamplona, Eunsa, 1983), pág. 59.

307 Ruano, P., *Traducción a las explicaciones de Ever Bronchorst acerca del Título del Digesto sobre las diversas reglas del derecho antiguo* (Lara, México, 1968), pág. 12.

308 Ibid.

en estudio reviste una notable gravitación en la impartición de justicia por parte de los funcionarios encargados por mandato constitucional para desempeñar tan importante labor.

No caben dudas que el Juez al juzgar no puede dejar de resolver la problemática (caso) que se le presenta ante sus ojos y ha de echar mano de toda la legislación; doctrina; jurisprudencia y de los principios generales del derecho –impregnados estos últimos de los conceptos de equidad y justicia-.

En relación a lo expresado ut supra, compartimos lo dicho por el catedrático Francisco Carpintero, quien expresa: “...y es que ese mundo armónico y ordenado de las normas, en el que apenas existen lagunas y antinomias (y si los entendidos perciben su existencia las subsanan rápidamente), ese mundo pulcro se estremece cuando entra en contacto con la realidad concreta de los hombres. El problema es, pues, cómo conectar el mundo normativo, compuesto por tranquilas nociones generales, con los actos de los hombres, de suyo inestables, normalmente sin una naturaleza bien definida y a veces poco dados a catalogaciones genéricas. El juzgador ha de hacer confluir el mundo de lo general y de lo ordenado con aquello que es tan distinto: porque el jurista ha de conformar una realidad individual con la ayuda de unos instrumentos desproporcionados”.³⁰⁹

En igual sentido, *Vigo indica que*: “Circunscribir la tarea interpretativa a un texto... sin vincularlo a un caso o entuerto dado, resulta si no imposible al menos de difícil concreción y de dudosa utilidad. El interprete es un mediador entre la norma y el caso que requiere su atención, él completa el tránsito desde la norma para el caso situado históricamente”.³¹⁰

Por su parte, John Austin, explica que “viendo que una teoría verdadera es un compendio de verdades particulares, ella tiene que ser necesariamente verdad cuando es aplicada a los casos particulares. Los términos de la teoría son generales y abstractos, porque si no las verdades particulares que la teoría comprende no serian abreviadas o condensadas. Pero, a pesar de que (la teoría) es verdad en los casos particulares y, en consecuencia, verdad en la práctica, sin embargo, no es verdad enteramente. La verdad es siempre particular y, en cambio, el lenguaje es normalmente general”.³¹¹

El derecho romano al haber sido una de las fuentes de derecho más consultadas por el jurista Vélez Sarsfield en la creación del Código Civil Argentino, podemos comprobar que aparece presente también en la temática en estudio –hecho que pudimos comprobar al estudiar y “desmembrar” la elocuente nota al art. 16 C.C.-.

Sin lugar a dudas, la nota referenciada nos permite conocer que el codificador al redactar y proyectar el artículo tuvo en miras principalmente el Digesto y Las Leyes de Partidas del Rey Don Alfonso X El Sabio –claramente imbuidas estas últimas en todo su contenido del derecho romano-.

Las regulae iuris consideradas para muchos romanistas destacados como principios generales del

309 Rabi-Baldi Cabanillas, R., *Anuario de Derecho 4. Universidad Austral* (Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot S.A., 1998).

310 Ibid.

311 Rabi-Baldi Cabanillas, R., *Los derechos individuales ante el interés general* (Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 1998).

derecho son claros exponentes de la practicidad que tuvieron los juristas romanos en la resolución de los casos que se les presentaban a diario.

El contenido del Libro 50 Título 17 nos pone de manifiesto que de modo alguno su ubicación en la proficua obra justiniana fue accidental, por el contrario estas reglas aparecen como broche de oro y a modo de cierre de toda la obra.

En nuestros días, la labor de los Jueces deberá desempeñarse con prudencia y responsabilidad dado que al dictar sentencia poseen mayor libertad en la toma de decisiones que consideran como “justas” y “conformes a derecho”, de la discrecionalidad que tenían quizás los juristas romanos al momento de dictarse las *regulae iuris* dado el contexto histórico imperante en ese momento.

V. Bibliografía Consultada

ALFONSO EL SABIO *Las Siete Partidas*, disponible en <http://books.google.com.ar/books?id=FtHDFsQa1aEC&pg=PA1185&dq=tercera+partida+titulo+xxii+de+alfonso+el+sabio&hl=es&sa=X&ei=396PUd29MYeA9QSV4YHICQ&sqi=2&ved.http://www.vicentello.com/TEXTOS/alfonsoXsabio/las7partidas>

BURDESE, A. *Manuale di diritto privato romano*, Turín, Utet, 1987, 3^a edición.

“Código Civil y Leyes Complementarias”. Editorial Estudio S.A.

COSTA, J. *Temas de Derecho Romano*, Buenos Aires, 1994.

COSTA, J. *Manual de Derecho Romano Público y Privado*, Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina S.A., 2007.

D'ORS, A. *Derecho Privado Romano*, Pamplona, Eunsa, 1983.

GUZMAN BRITO, A. *Derecho Privado Romano, Tomo 1*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

IGLESIAS, J. *Derecho Romano. Instituciones de derecho privado*, España, Editorial Ariel, 1972, sexta edición revisada y aumentada.

JUSTINIANO, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=601>.

<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=602>.

<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=600>.

LOUZAN DE SOLIMANO, N. *Curso de Historia e Instituciones del Derecho Romano*, Buenos Aires, Fundación Editorial de Belgrano, 1993, cuarta edición.

PETIT, E. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Buenos Aires, Editorial Albatros S.R.L., 1985.

RABI-BALDI CABANILLAS, R. *Los derechos individuales ante el interés general*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 1998.

RABI-BALDI CABANILLAS, R. *Anuario de Derecho 4. Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot S.A., 1998.

ROYO ARPON, J. "Aproximación al sentido funcional de regla", *Anuario de Facultade de Dereito*, disponible en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2346/1/AD-8-43>.

RUSSO, E. *Teoría General del Derecho. En la modernidad y en la posmodernidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot S.A., 1997, segunda edición actualizada.

SCHIPANI, S. *Curso de actualización en Derecho Romano*, Roma, Italia, Aracne Editrice S.R.L., 2003.

STIGLITZ, R. *Contratos Cíviles y Comerciales. Parte General I*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot S.A., 1998.

VIGO, J. *Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot S.A., 1993.

RES IUDICATA PRO VERTITATE ACCIPITUR

Por Valeria Susana Guerra

Valeria Susana Guerra es Abogada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.B.A. Auxiliar de Segunda, cátedra de Derecho Romano de la Dra. Mirta B. Álvarez, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (Resoluciones N° 681/10 y 1062/11 – renovación –).

I. “La cosa juzgada es admitida como verdad”

Dice Ulpiano en D. 44. 2. 7: “Si alguno, habiendo pedido ya la totalidad, pidiera una parte, le perjudica la excepción de cosa juzgada; porque la parte está comprendida en el todo; pues entiende la misma cosa, aunque se pida una parte de la totalidad que se pidió; y no importa que esto se reclame respecto a una cosa corpórea, ó a una cantidad, ó a un derecho (...)”³¹². De este modo, en caso de intentarse nuevamente el juicio, se podía analizar si a este nuevo juicio le corresponde el efecto de la *res iudicata*, para ello, hay que atender a cada caso en particular.

La regla general estaba dada por Paulo (D. 44, 2, 12 y D. 44, 2, 14): “*idem corpus, eadem causa petendi, eadem conditio*”.

La cosa juzgada no configura propiamente, entre las partes en la causa un nuevo precepto de derecho sustancial, cual podría surgir de un negocio jurídico concluso entre esas partes. La decisión, en cambio, no esta destinada a dar vida a una relación jurídica nueva, sino únicamente a descubrir y a aceptar aquellos que – según la recta interpretación de la norma jurídica y la conciencia del juez – es la relación concreta³¹³.

312 D. 44. 2. 7 Ulpianus libro LXXV. ad Edictum. – Si quis, quum totum petisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet; nam para in toto est; eadem enim res accipitur, atsi pars petatur eius, quod totum petitum est; nec interest utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate, vel in iure. (...)

313 BETTI, Emilio. *Istituzioni di Diritto Romano*. Volume Primo. Ristampa della seconda edizione. Padova. CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1947. P. 329 ss. “Quanto alla decisione, l’efficacia sua caratteristica va sotto il nome di cosa giudicata (res iudicata).

La cosa giudicata non configura propriamente, fra le parti in causa un nuovo precepto di diritto sostanziale, quale potrebbe sorgere da un negozio giuridico concluso fra esse parti. La decisione, invero, non è destinata a dar vita a un rapporto giuridico nuovo, ma unicamente a scoprire e ad accettare quello che – secondo la retta interpretazione della norma giuridica e la conoscenza del giudice – è il rapporto concreto.

La cosa giudicata, dunque, è l’efficacia della decisione in quanto accerta situazioni giuridiche già esistenti.

Tale efficacia spetta solo e sempre alla decisione sulla ragione fatta valere: alla sola decisione e non ai motivi che ne han

En el presente trabajo, se expondrán algunas de las fuentes que contienen al instituto de la *Res Iudicata*, como funcionaba en Roma, sus efectos en el proceso, el rol que juega respecto a la seguridad jurídica, como llega a nuestros días y los planteos en torno al supuesto carácter absoluto de la institución.

II. La regla: “idem corpus, eadem causa petendi, eadem conditio”

Enseña el profesor Di Pietro, al comentar la Instituta 4, 13, 8 (7) de Gayo³¹⁴, que la *exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae* tenía una sola denominación, pero con dos efectos distintos: si un juicio ya había sido juzgado, es decir había habido sentencia, no se permite la iniciación de uno nuevo; de pretender ocurrir el mismo, el demandado oponía la modalidad de *rei iudicatae*; en cambio, si ya había trabado la “litis” por la “litis contestatio”, pero aún no hubo sentencia, si se pretende un nuevo juicio, el demandado opone la modalidad *rei in iudicium deductae*.

La sentencia del “iudex” tiene el efecto de la “cosa juzgada” (*res iudicata*), produciendo así un efecto de “consumición del juicio”; no cabe, en consecuencia la revisión del asunto por una repetición de la “actio”.

Para que se pueda hablar de “*res iudicata*”, a los efectos de poder oponer luego la “*exceptio rei iudicatae*”, los Romanos recurren a un sistema casuístico, pudiéndose establecer los siguientes principios: “*idem corpus, eadem causa petendi, eadem conditio*”. Regla general dada por Paulo: D. 44, 2, 12 *Paulus. Cum quaeritur, haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est, an idem corpus sit...* (Cuando se pregunta si perjudicará o no esta excepción, se ha de ver si la cosa corporal es la misma); D. 44, 2, 13 *Ulpianus. Quantitas eadem, idem ius...* (...si es la misma la cantidad, el mismo derecho...); D. 44, 2, 14 pr. *Paulus. Et an eadem causa petendi et eadem conditio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est. idem corpus in hac exceptione non utique omni pristina qualitate vel quantitate servata, nulla adiectione deminutioneve facta, sed pinguius pro communi utilitate accipitur* (...y la misma la causa de pedir, y la misma la condición de las personas; y si todas estas circunstancias no concurren, la cosa es distinta. En esta excepción se entiende que es una misma una cosa corpórea, no ciertamente habiéndose conservado toda su primitiva calidad o cantidad, sin haberse hecho agregación o disminución alguna, sino más ampliamente en cuanto a la utilidad común); D. 44, 2, 14, 1 *Paulus. Qui, cum partem usus fructus haberet, totum petit, si postea partem ad crescentem petat, non summo vetur*

constituito le promesse logiche, giacchè solo con la decisione della lite il giudice assolve il compito che le parti concordi gli hanno affidato, nè contro la decisione sono ammissibili mezzi di gravame (onde può dirsi che nell'ordo iudiciorum privatorum ogni sentenza del iudex privatus diventi definitiva e irrevocabile sin dal momento in cui è pronunciata). Attraverso la ragione, che è la rappresentazione ideale del rapporto di diritto sostanziale su cui verte la lite (p. 254), la cosa giudicata investe il rapporto stesso e ne accerta l'esistenza e il modo di essere.

Il fondamento giuridico di codesta efficacia della decisione risiede pertanto nel solenne atto di compromesso, con cui le parti vi si sono assoggettate sotto il controllo dell'organo della civitas: esso risale, dunque non all'autorità dello Stato, ma alla autotutela consensuale delle parti stesse.”

314 GAYO, *Institutas*, texto traducido, notas e introduccion por Alfredo Di Pietro. Ed. Abeledo-Perrot, Quinta Edicion, págs. 736 y ss.

exceptione, quia usus fructus non portioni, sed homini adcrevit (El que teniendo parte de un usufructo lo pidió todo, si después pidiera la parte que le acrece, no será repelido con la excepción, porque el usufructo no acrece a la porción, sino a la persona); D. 44, 2, 14, 2 *Paulus. Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitiat: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest* (Las acciones personales difieren de las acciones reales, en esto, en que cuando la misma cosa se me deba por uno mismo, cada una de las causas sigue a cada una de las obligaciones, y ninguna de ellas se vicia por la demanda de la otra; pero cuando ejercito una acción real sin haber expresado la causa, por la que digo que la cosa es mía, todas las causas están comprendidas en esta sola petición; porque una cosa no puede ser mía más que una vez, pero se puede haber muchas); D. 44, 2, 14, 3 *Paulus. Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietatis vertitur* (Si alguna ejercitare interdicto respecto a la posesión, después, al ejercitar la acción real, no es repelido con la excepción, porque en el interdicto se trata de la posesión, y en la acción de propiedad).

Según nos explica el profesor Di Pietro ³¹⁵:

I) Idem corpus se refiere al reclamo de la misma cosa o la misma cantidad, o el mismo derecho (Ulp. D.44.2.7.); no importa el aumento o disminución de la cantidad o calidad (Paulo, D. 44, 2, 14; Ulp., D. 44, 2, 23; Pomp., D. 44, 2, 21, 1).

II) Eadem causa petendi; se trata de la misma petición jurídica, habrá que ver si se trata de acciones *in personam* o *in rem*. En el caso de las primeras si por ejemplo, se ha comprado una cosa y se acciona, a propósito de los vicios redhibitorios, por la *actio redhibitoria*, y pierde en dicha pretensión, no puede intentar la *actio quanti minoris* (Juliano, D. 44, 2, 25, 1). En cambio, si es debida una cosa por una venta y además por un legado, el interesado podrá intentar la acción de compra – *actio empti* – y en caso de perder, puede iniciar el reclamo de la cosa por la acción propia del legado, pues se está intentando una nueva *causa petendi*. Si se trata de una *actio in rem*, por ejemplo, la *rei vindicatio*, se considera que al reclamar que se es propietario, se está invocando todas las causas de adquisición del dominio, por lo tanto, si se pierde el pleito, no puede intentar uno nuevo, salvo que se hiciera valer una nueva causa de adquisición posterior a la sentencia del primer juicio intentado (Ulpiano, D. 44, 2, 2, 4-5). Si se trata del ejercicio de la *actio furti*, puede acumularse la *actio furtiva* (o la *rei vindicatio*), puesto que por la primera se reclama una pena, mientras que por cualquiera de las otras, se reclama la cosa.

III) Respecto a eadem conditio personarum; la sentencia produce efectos respecto de las partes que han intervenido en el juicio, no respecto de terceras personas, a las cuales no afecta (Modest., D. 44, 1, 19). Identidad que subiste cuando aun tratándose de personas físicas distintas, una de ellas es continuación jurídica de la otra (Ulp., 44, 2, 11, 8)³¹⁶.

315 Vide DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, Ed. Depalma, 2º Edición, cit., pág. 62.

316 Sin embargo, en el caso de las acciones penales, se llevan a cabo contra todos y cada uno de los que cometieron el delito. Se habla de “conurrencia cumulativa”, ya que se ejerce la misma acción contra varias personas distintas. El principio *bis de eadem re ne sit actio*, ya probablemente afirmado desde la época de las *legis actiones*, se aplica en el derecho clásico

Entonces, una vez que el juez había emitido su sentencia, el mandato quedaba agotado y cesaba él totalmente en su oficio; de manera que ya no era posible variación alguna de la sentencia dada.³¹⁷

“El *iudicatum* del juez tiene fuerza de cosa juzgada (*res iudicata*), y excluye toda revisión, pues debe mantenerse lo ya juzgado: <<*rebus iudicatis standum*>>. La sentencia es impugnabile como ineficaz por algún defecto que vicie el juicio entero o la sentencia en particular; si no, no se entra de nuevo en el fondo del asunto”.³¹⁸

en dos formas diversas: en los *iudicia legitima in personam*, haciendo caducar lisa y llanamente la acción para quien ya una vez haya deducido en juicio la relación litigiosa, con el efecto de que el juez que de cualquier manera llegue a conocer el proceso precedente deba rechazar la demanda renovada; en las acciones *in rem* y en los *iudicia quae imperio continentur*, atribuyendo al demandado una *exceptio* especial para el caso. Esta excepción lleva comúnmente en las fuentes el nombre de *exceptio rei iudicata*, en consideración al hecho de que en la gran mayoría de los casos, el proceso precedentemente intentado ha sido llevado hasta la sentencia; pero su nombre completo es *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* (excepción de controversia juzgada o transfundida en la fórmula), siendo para los efectos bajo examen, completamente indiferente que una sentencia haya sido pronunciada o no, pues la exclusión de toda acción sucesiva deriva de la *litis contestatio* producida (ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción a la 10ª edición italiana por José Caramés Ferro, Editorial Depalma Buenos Aires 1952, p. 176 ss.). Pero tampoco, desde un punto de vista objetivo el *bis de eadem re agüere* se resuelve siempre en el hecho de solicitar varias veces la misma fórmula, pues la jurisprudencia romana reconoce a menudo la *eadem res* en el sucesivo ejercicio de acciones diversas, cuando se fundan en los mismos presupuestos y tienden al mismo resultado práctico. Este fenómeno se expresa diciendo que las acciones *concurrunt*; y nuestras fuentes nos dicen que “si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur” (D. 13, 6, 18 y 1), o más técnicamente afirman “*altera electa alteram consumit*” (D. 44, 7, 34 pr.)

317 SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y Defensa de los Derechos*. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 105 y ss.

PUGLIESE, Giovanni. *Scritti giuridici scelti. II. Diritto romano*. [1.] Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano. Jovene editore, 1985. P.226 ss. “La possibilità di valutare (sul terreno giuridico, anziché soltanto su quello morale, sociale e politico) una sentenza come ingiusta cominciò a manifestarsi nella storia del diritto romano, almeno secondo i dati offerti dalle fonti, verso la metà del I sec. a. C. e l’indirizzo si sviluppò fino al II sec. d. C. A partire dal III secolo l’interesse per questo problema diminuì fino a svanire sotto l’influenza di una serie di fattori, fra cui emergono, come vedremo, lo sviluppo dell’ appello e la fissazione del principio secondo cui la sentenza pronunciata in contrasto con il diritto era nulla. Nell’epoca di Giustiniano il problema sembrò nuovamente interessare, non solo perché molti testi classici, che trattavano della sentenza ingiusta, furono riprodotti nella compilazione giustiniana, ma anche perché qualcuno fra essi fu alterato, mentre si fece inoltre strada una particolare interpretazione della sentenza che avesse ingiustamente assolto un debitore. Non si erra tuttavia nell’affermare che la valutazione strettamente giuridica nella sentenza ingiusta e la ricerca della rilevanza che si potesse accordare e tale ingiustizia nell’ambito del diritto, pur presupponendo che la sentenza fosse in sé immutabile, si svolsero e si esaurirono nel corso dell’epoca classica.

Primo giurista a occuparsi del tema fu Servio, appunto nel I sec. a.C., e a lui fece seguito Labeone. I giuristi del I sec. d. C., sia Sabiniani, sia Proculiani, consolidarono l’indirizzo per cui l’ infondatezza della sentenza poteva avere conseguenze giuridiche, e questo rimase un dato pacifico per Giuliano, Gaio, Cervidio Scevola, fino ai giuristi dell’età dei Severi. Una vera evoluzione storica non sembra esserci verificata nel corso di questi secoli, ma nuove conseguenze vennero man mano prese in esame e nuove conseguenze vennero quindi individuate, fino a formare, circa l’efficacia della sentenza verso i terzi, quel sistema che cercherò più innanzi di disceverare.

318 D’ORS, Álvaro. *Derecho Privado Romano*. Quinta edición, revisada. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1983. Págs. 158 ss.

DE FRANCISCI, Pietro. *Sintesi Storica del Diritto Romano*. Edizioni Dell’Ateneo – Roma. Pág. 555. “Ove il contenuto condannato in prima istanza non abbia appellato entro il termine prescritto o se l’appello proposto sia stato respinto, la sentenza

Aunque existían remedios de diversa índole en determinadas circunstancias; los veremos más adelante.

Suprimida la división del pleito en las dos fases “*in iure*” y “*apud iudicem*”, desaparece también la distinción entre los “magistrados” provistos de “*imperium*” y que representan la intervención de la República en la administración de justicia y los “*iudices*”, simples ciudadanos a quienes se encargaba de dictar sentencia en cada litigio. Y es a partir de Diocleciano que el pleito se sustancia ante un órgano que representa la autoridad del Emperador. En el Bajo Imperio (284 d.C.), desaparecen los jueces privados y en el orden jerárquico aparecen el Emperador, los *praefecti (urbi, praetorio, annonae, vigilum)*, en la diócesis los “*vicarii*” y los “rectores” en las provincias, determinándose una verdadera burocracia judicial. De esta manera se fusionan en un mismo funcionario, la evaluación de la contienda y el *imperium* para hacer cumplir la decisión.

La abolición expresa y definitiva del procedimiento formulario tuvo lugar recién en una Constitución Imperial del año 342, recogida en el Código Justiniano (II, 57, 1)³¹⁹.

Dice Scialoja: “Ya bien entrado el Imperio, encontramos el remedio de la *appellatio vel provocatia* (palabras usadas en absoluto como sinónimas), y esto constituye realmente nuestra apelación; es llevar una cuestión decidida en primer grado ante un juez de segundo grado, que vuelve a tratar el mérito de la causa y cierra su juicio con una nueva sentencia, única, que tiene ya valor, al destruir la primera. De esta novedad comenzamos a tener noticias en tiempo de Augusto, y este ordenamiento se viene consolidando cada vez más, junto a esta apelación, en sentido actual de la palabra, persistían entretanto los antiguos medios de atacar las sentencias; pero con el correr de los años algunos de éstos desaparecen, y en especial el remedio de la *appellatio* al magistrado de igual o mayor potestad y al tribuno de la plebe, por la sencilla razón de que éstos magistrados o desaparecieron o sólo conservaron el nombre”.

Las reglas en vigor en el derecho clásico sobre la cosa juzgada, fueron derogadas en el justiniano de distinta manera; pero todas las desviaciones se pueden reducir a la tendencia a que el actor obtenga de todos modos la satisfacción de su pretensión, y a que nunca tenga más de lo que le corresponde a una estimación completa y equitativa del caso ocurrido (Arangio-Ruiz, p. 180 ss.).

No hay apelación contra las sentencias del Emperador, ya que no hay magistrado alguno superior a él, como tampoco hay apelación contra las sentencias de aquellos magistrados en quienes el emperador había delegado el juicio y prohibido la apelación; pues, si no hay prohibición, cabe acudir siempre ante el emperador delegante. La apelación puede excluirse también por voluntad de las partes, si han

diviene *res iudicata* e, ove il contenuto non l'eseguisca spontaneamente, il vincitore mediante l'*actio iudicati* chiede al magistrato che venga iniziata l'esecuzione: ciò che il magistrato ordina senz'altro quando il debitore non abbia costestazioni da opporre o quando la sua opposizione risulti infondata.”

319 ROSENFELD, Carlos, *La evolución del Derecho Procesal en el Derecho Romano*, disponible en www.edictum.com.ar

convenido entre ellas aceptar definitivamente la primer sentencia³²⁰.

El procedimiento era simple: una vez pronunciada la sentencia, la parte (que debe estar presente, pues si no la sentencia es nula) puede declarar verbalmente que apela, y no tiene más que decir: *appello*; si no lo quiere hacer inmediata y verbalmente, lo puede hacer por escrito con los llamados *libelli appellatorii*, pero sólo en el breve lapso de dos o tres días.

El magistrado contra quien se interpone la apelación tiene el deber de remitir la causa al magistrado superior ante quien se la ha interpuesto, y debe hacer la transmisión de oficio, mediante las llamadas *litterae dimissoriae*. El magistrado superior queda así investido del mérito de la controversia y pronuncia su sentencia. La apelación tiene efecto suspensivo contra la sentencia de primer grado³²¹.

El plazo mencionado para apelar - de dos o tres días útiles en el derecho justinianeo del Código y de las Pandectas -, se cambió al plazo de diez días continuos en el derecho de las Novelas. El juez debe prestarse necesariamente a la apelación (existiendo leyes que conminan penas contra los jueces que hubiesen infundido *metus* al litigante para impedir que apelara).

Las partes, dentro de ciertos plazos (muy variables, pues cambiaron continuamente) debían comparecer ante el magistrado superior para “mover” la causa a la segunda instancia. Ante el magistrado de apelación se procede a un nuevo debate, con posibilidad de presentar nuevas pruebas y aducir nuevos hechos, de manera que el juicio de apelación podía tener realmente hasta un fundamento distinto del juicio de primer grado.

320 DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, cit., págs. 31, 362 ss.

321 DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 31.

GROSSO, Giuseppe. 1965. *Lezioni di Storia del Diritto Romano*. Quinta Edizione Riveduta ed Ampliata. G. Giappichelli Editore. Torino. Págs. 461 ss. “Divenuta la *cognitio extra ordinem* la forma ordinaria di processo, si generalizzava pure l’istituto dell’*appellatio*, che trovava il suo fondamento nella gerarchia dell’impero.

Gli organi della giurisdizione ordinaria erano ormai rappresentati dai gradi nella gerarchia dei funzionari imperiali; si delineava una classificazione fra *iudices maiores, medii e minores* (talvolta solo fra *maiores* e *minores*), che, oltrechè in alcune individuazioni di competenze, si rifletteva soprattutto sui gradi di giurisdizione.

Salvo che nelle due capitali, Roma e Costantinopoli, dove la giurisdizione spettava al *praefectus urbis* (come alta giurisdizione), giudici ordinari erano normalmente vi presidi delle provincie (nelle diverse figure di *proconsules*, di *consulares*, *correctores*, *praesides*): salva la persistenza giurisdizionale del *defensor civitatis*.

La giurisdizione in grado di appello veniva pur sempre esercitata teoricamente *vice sacra*, e precisamente in suprema istanza dal *praefectus praetorio* (che restava quindi il più alto giudice), o, in luogo di lui, dall vicario della diocesi. Contro le sentenze del *praefectus praetorio* fu escluso ogni ulteriore ricorso al tribunale personale dell’imperatore, specificamente al *consistorium*, che funzionava anche da giudice di appello per le sentenze dal *praefectus urbi*.

I funzionari cui spettava la giurisdizione la esercitavano spesso attraverso subalterni (*iudices pedanei*), ai quali delegavano l’esperimento di singoli atti processuali e talvolta la stessa pronunzia della sentenza.

Accanto alla giurisdizione ordinaria si avevano giurisdizioni speciali, di cui la più rilevante era quella ecclesiastica, da un lato però lo sviluppo del privilegio del foro per gli ecclesiastici, dall’altro lato per l’affermazione di una giurisdizione ecclesiastica per i laici che tendeva a passare da un mero giudizio arbitrale ad una giurisdizione elettiva.

Estaba establecido un plazo que varió de uno a dos años, para terminar el proceso en apelación; vencido este plazo, la apelación; vencido este plazo, la apelación se tenía por perimida y pasaba en autoridad de cosa juzgada la sentencia de primer grado. Justiniano cambió este derecho en las Novelas y estableció que si las partes no comparecen en el juicio de apelación, se realiza la solemne invitación a que comparezcan; y si aun así se presentan después, el juez persigue por sí mismo la causa y pronuncia la sentencia en mérito. Esta sentencia puede ser contraria o favorable al ausente, según la convicción del juez.

No cabía impugnar una sentencia si no existía peligro, pues en caso de rechazarse la apelación, quien la hubiese realizado, no sólo perdía el juicio y las costas, sino que además era condenado con ciertas penas (como el destierro por dos años y la confiscación de la mitad de su patrimonio, y si era obre, a dos años de trabajo forzado, en tiempos de Constantino). En el derecho justinianeo, estas penalidades son sustituidas por penas pecuniarias que el juez debe imponer, a su arbitrio, al apelante que hubiere perdido la causa, según las circunstancias y la mala intención puesta de manifiesto al hacer la apelación: C. 7. 64. *De cuando es necesario apelar*. 1. *El Emperador Alejandro, Augusto, a Apolinar y a otros*. – Decís que se profirió una sentencia, que sostenéis que no tiene fuerza, porque fue dada contra cosas antes juzgadas, de las cuales no se apeló. Si tenéis pronta la prueba de esto, aun sin el recurso de la apelación no obtendrá la autoridad de sentencia lo que así de pronunció.

También estaba prohibido apelar tres veces: C. 7. 70. De que no sea lícito apelar tercera vez en una misma causa, ó de que después de dos sentencias de los jueces, que hubiere confirmado la resolución de los prefectos, no sea lícito volverlas a discutir. 1. *El Emperador Justiniano, Augusto, á Menna, Prefecto del Pretorio*. – Si en un litigio cualquiera hubiera apelado dos veces, no le será lícito utilizar tercera vez la apelación en el mismo litigio sobre los mismos capítulos, ó volver a discutir las sentencias de los excelentísimos prefectos del pretorio; debiéndoseles conceder licencia á los litigantes, habiéndose dado árbitro, para reclamar antes de la contestación de la demanda la audiencia del mismo que lo nombró, sin que de ningún modo tenga esta petición la fuerza de una apelación. Dada en Constantinopla las Calendas de Julio, bajo el segundo consulado del señor Justiniano, Augusto.

Cabe ponderar la idea romana sobre la cosa juzgada, la cual se apoyaba en la concepción de veracidad y justicia de la *iudicialis definitio*. De los párrafos anteriores, podemos concluir que si la sentencia no era apelada en plazo, o ésta estuviese prohibida por alguna causa, se hacía firme, obligatoria e inapelable.

IV. La tradición del “Derecho Intermedio”: las Partidas de Alfonso X

Posteriormente, para la tradición del “Derecho Intermedio” que estará en relación luego con la tradición de nuestra América, con el acierto propio de las leyes del Rey Sabio, las Partidas disponían que: “*Tal juyzio como este (la sentencia definitiva), que una vez lo oviera bien o mal judgado, non lo puede toller, nin mudar aquel Juez que lo judgó ... Pero si el Judgador oviesse dado juyzio acabado sobre la cosa principal, é non oviesse fablado en aquel de los frutos é de la renta della: o non oviesse condenado a la parte,*

contra quien fuesse dado el juyzio, en las costas; o si por aventura oviessse judgado en razon destas cosas, mas ó menos que non deviesse; bien puede todo judgador emendar, é enderezar su juyzio en razon dellas, en la manera que entendiere que lo deve fazer segun derecho. E esto ha de fazer tan solamente en aquel día que dió la sentencia, ca después non lo podría fazer; como quier que las palabras de su juyzio bien las puede mudar después, é poner otras mas apuestas; non camiendo la fuerza ni el entendimiento del juyzio que diera”.

Según surge de esta fuente reportada en Partida Tercera, título veintidós, Ley 3, una vez dictada la sentencia, no podía ser revocada o enmendada la misma por el juez que la dictó, fuera justa y correcta o equivocada. Una vez transcurrido el día en que se dictaba una resolución equivocada, fuera justa o injusta la decisión, la misma adquiriría firmeza, y nada cabía hacer con ella, exceptoumplirla.

V. Nuestra Legislación

Vélez Sarsfield, en la nota a los artículos 1102 y 1103 de nuestro Código Civil menciona las tres identidades de sujetos, objeto y causa - si bien, en el marco de una discusión sobre la influencia sobre el juicio civil de la sentencia pronunciada en el juicio criminal- dice: **La regla que exige las tres condiciones expuestas para que haya cosa juzgada, es meramente una regla de derecho civil dada para las cuestiones de puro derecho civil.**³²²

322 Nota: 1102 y 1103. La influencia sobre el juicio civil de la sentencia pronunciada en el juicio criminal ha sido diversamente apreciada por los jurisconsultos franceses. MERLIN, “Quest. Verb. Faux.” § 6, sostiene que cuando, por ejemplo, yo demando a Pedro ante un tribunal civil la reparación de un delito por el cual ha sido condenado por un tribunal criminal, hay cosa juzgada sobre la existencia del delito y su imputación a Pedro; de modo que éste no puede pretender abrir de nuevo la cuestión para probar que él no es autor del delito, porque: 1º hay en los dos juicios identidad de causa, pues que la base de las dos acciones es el delito cometido; 2º identidad del objeto, porque a pesar de la diferencia de los objetos directos en los dos juicios, ambos se juzgan a los ojos de la ley tener el mismo objeto fundamental; 3º identidad de las partes, porque el Ministerio público es el representante de la sociedad entera, y él me ha representado, aunque yo no hubiese hecho la acusación. TOULLIER, t. 10, núms. 240 a 259, ha refutado el sistema de MERLIN, demostrando que no hay identidad de parte, pues que el Ministerio público, no pudiendo demandar la reparación pecuniaria del daño causado, no ha podido representar al individuo perjudicado. Y que aun suponiendo que hubiese identidad de partes, no había identidad de objeto. Estas dos opiniones han dividido a los jurisconsultos franceses. Puede decirse que en verdad no hay identidad de objeto. ¿Cómo decir que demandar contra Pedro el pago de veinte mil pesos o demandarle a que se le condene a muerte, es demandar la misma cosa y el mismo objeto? Pero aunque no hay identidad de cosa en las dos demandas, ¿Cómo admitir que aquel que juzgado con el mandatario de la sociedad que el hecho por el cual era acusado no había existido nunca, pueda después por el mismo hecho ser traído a juicio ante un tribunal civil? ¿Cómo admitir a la inversa que aquel que después de una defensa hecha con toda libertad y con todas las garantías que la ley concede ha sido solamente condenado como autor de un delito, pueda después ante el tribunal civil sostener y llegar a establecer legalmente que el hecho no ha existido, o que no le es imputable? Esto sería un escándalo jurídico, contrario a la razón y a la verdad que debe suponerse en los juicios concluidos. La regla que exige las tres condiciones expuestas para que haya cosa juzgada, es meramente una regla de derecho civil dada para las cuestiones de puro derecho civil, y no para aquellas que resulten de la comparación del derecho civil con el derecho criminal. Mas si la naturaleza misma de la cosa no permite exigir, cuando se trata de la influencia de un juicio criminal sobre el civil, la reunión de las tres condiciones expuestas para reconocer la autoridad de la cosa juzgada, es preciso, sin embargo, que el punto que se pretende hallar legalmente establecido por la sentencia, sea el que esa sentencia ha decidido, y que la decisión corresponda a la jurisdicción criminal. La misión de los

En la legislación nacional la ley 27 (Adla, 1852-1880, 354), habilitaba a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para entender en grado de revisión cuando la cosa juzgada hubiera sido obtenida por medios dolosos; norma luego reglamentada por la ley 50 arts. 24 y sigtes. (Adla, 1852-1880, 391); lo que sirvió de antecedente del art. 551 del Cód. de Procedimientos Penales de la Capital Federal y del actual Código Procesal Penal de La Nación (Ley 23.984 --Adla, LI-C, 2904--).

Por otro lado, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone: **Art. 347.** – “Sólo se admitirán como previas las siguientes excepciones: (...) inciso 6) Cosa juzgada. Para que sea procedente esta excepción, el examen integral de las dos contiendas debe demostrar que se trata del mismo asunto sometido a decisión judicial, o que por existir continencia, conexidad, accesoriedad o subsidiariedad, la sentencia firme ya ha resuelto lo que constituye la materia o la pretensión deducida en el nuevo juicio que se promueve. (..) La existencia de cosa juzgada o de litispendencia podrá ser declarada de oficio, en cualquier estado de la causa.”

Dicen Fenochietto y Arazi en su Código Procesal comentado; “La sentencia definitiva pronunciada en los procesos de conocimiento y declarativos, en general, una vez que ha precluído la facultad de las partes de impugnarla mediante los recursos autorizados por el CPN, pasa a ser sentencia *firme*, inimpugnable. Es entonces cuando nos encontramos frente a una *sentencia pasada en autoridad de cosa*

tribunales criminales es decidir si el hecho atribuido al acusado existe: si el inculpado es el autor y si ese hecho le es imputable según la ley penal, y como delito del derecho criminal. Los tribunales criminales, a no ser que la persona perjudicada se haya presentado en el juicio, no tienen que decidir si el hecho constituye o no un delito del derecho civil o un cuasidelito. Si pues un tribunal criminal juzgara, cuando no hay parte, que el hecho de que el acusado es reconocido autor, es completamente irreprochable, y que no puede dar lugar ni a la aplicación de una pena, ni a una condenación de daños e intereses la sentencia sería sin valor respecto a este último punto, y la persona perjudicada podría ocurrir ante la jurisdicción civil, y entrar en la cuestión de la existencia de un delito del derecho civil o de un cuasidelito, cuestión que el tribunal criminal no había tenido derecho de decidir. Así también, el que hubiese sido declarado no culpable de un incendio en su propia casa, podría sin embargo, sobre la demanda de una compañía de seguros, ser juzgado que había ocasionado el incendio por imprudencia y no tener derecho a indemnización alguna. Es preciso además que el punto que se decida ante la jurisdicción civil, que ha sido juzgado por el tribunal criminal, sea precisamente el que este tribunal ha decidido. Así, cuando el tribunal criminal ha juzgado que el hecho atribuido a Pedro no existe, la persona que se dice dañada por ese pretendido hecho, no puede, aunque no haya sido parte en el proceso criminal, ser admitida a probar en el tribunal civil, la existencia del hecho. Si el tribunal criminal, reconociendo la existencia del hecho, ha juzgado que Pedro no era el autor, es claro que la persona perjudicada no podrá perseguir a Pedro por razón de ese hecho ante el tribunal civil. Lo mismo, si el tribunal criminal, reconociendo que el hecho existe y que Pedro es el autor, ha declarado que no le es imputable, y que no hay culpabilidad en él, no se podrá establecer contra él esta misma culpabilidad ante la jurisdicción civil. Recíprocamente, si Pedro ha sido declarado culpable de un delito, y que se pida contra él, en lo civil, alguna consecuencia civil de ese delito, por ejemplo, la revocación de una donación por ingratitud, él no podría discutir de nuevo la cuestión de la culpabilidad. En estos diferentes casos el punto que se querría discutir nuevamente ante la jurisdicción civil, es el que ha decidido el tribunal criminal y aunque la segunda acción no tenga el mismo fin que la primera, aunque el reclamante no sea el mismo, y aunque no haya ni identidad de objeto, ni identidad de partes, hay sin embargo cosa juzgada. La jurisdicción civil no puede declarar que no existe el hecho criminal que la jurisdicción criminal ha tenido por tal, ni juzgar inocente de ese hecho al que la otra jurisdicción ha declarado culpable. Véase MARCADE, sobre el art. 1351, AUBRY y RAU tratan extensamente la materia en el § 769. Lo mismo BONNIER. “Des Preuves”, núms. 716 y siguientes. De la influencia sobre lo civil de la cosa juzgada en lo criminal, en cuanto a la cuestión de la existencia o no existencia del hecho objeto del juicio, y recíprocamente de la influencia sobre lo criminal de la cosa juzgada en lo civil, en cuanto a la existencia o no existencia del mismo, tratan extensamente MERLIN, “Rep. Verb. Non bis in idem”, núm. 15. “Verb. Chose jugée” § 15, y “Verb. Reparation civile”, § 2; “Questions Verb. Faux”, § 6, y “Verb. Réparation civile”, § 3. TOULLIER, t. 8, núms. 30 y sigts. DURANTON, t. 13, núms. 486 y sigts. SELLYER en su “Tratado del derecho criminal”, t. 6, desde la p. 432, discute la opinión de los autores citados.

juzgada. Ello significara, como dice Chioventa, que ‘la parte a la que el bien de la vida fue negado, no puede reclamarlo mas; la parte a la que fue reconocido, no sólo tiene derecho a conseguirlo prácticamente frente a la otra, sino que no puede sufrir de ésta ulteriores ataques a ese derecho y a este goce’ (...) Que la sentencia pase a ser cosa juzgada en virtud de la *autoridad* que adquiere, significa atribuir al acto jurisdiccional una *cualidad* de la que carecía originariamente; es decir que la cosa juzgada no nace al tiempo en que es dictada la decisión, sino después, al adquirir firmeza. Se trata de una *cualidad* de la sentencia, porque es algo más que se suma a la decisión, para concederle una estabilidad jurídica, de la que no estaba dotada al pronunciarla el magistrado”³²³

Asimismo, nuestros Tribunales, han sostenido que “El fundamento de esta excepción radica en la necesidad de evitar que una misma pretensión, es decir, una única situación de hecho o de derecho, sea objeto de un doble conocimiento, con un inútil dispendio de actividad jurisdiccional, desvirtuándose así la función judicial y la naturaleza misma del derecho, con la posibilidad de que se dicten sentencia contradictorias. En ese orden de ideas, se ha señalado que con la reforma de la Ley 22.434 al Art. 190 del Código Procesal, se eliminó la interposición de la litispendencia como medio para lograr la acumulación de procesos, pues al igual que la cosa juzgada, esta excepción apunta al ejercicio de un segunda acción ya ventilada en otro proceso (pendiente o sentenciado, respectivamente), razón por la cual el segundo proceso debe concluir.”³²⁴

Sobre la Cosa Juzgada que se ha sostenido que “es corolario lógico de la función jurisdiccional, ya que ésta tiene por objeto restablecer la paz social cuando se ha visto alterada. Por lo que la decisión que pone término al conflicto tiene fuerza de “verdad legal”, teniendo el carácter de inmutable e impidiéndose volver a reabrir la discusión. Pero que tenga vocación de permanencia, no quiere decir que la sentencia por más injusta que sea no va a poder ser alterada. Y en esto se fundan las impugnaciones, en el poder atacar toda resolución que se considere injusta y que por ende cause lesión a alguna de las partes”³²⁵.

323 FENOCHIETO, Carlos Eduardo- ARAZI, Roland. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, Tomo I, p. 572 y ss. Tomo II, p. 223 y ss.

324

Cfr. **CNCiv., Sala A**, 4-5-98, L.L. 1998-D-727; **Sala E**, 28-8-96, L.L. 1997-B-570; **Sala I**, 18-10-95, L.L. 1996-B-721; **CN-Com., Sala E**, 27-11-89, L.L. 1990-B-619. Camara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal **Sala I**, causas 10.429/94 del 3-6-99 y 5826/97 del 6-12-00; **CNCiv., Sala C**, 30-6-88, L.L. 1988-E-303; **Sala D**, 5-10-82, L.L. 101-786.

325 BIANCIOTTI, Ricardo S., *Cosa juzgada y acción autónoma de nulidad*, Publicado en: La Ley C1999, 775: “Para Chioventa, la cosa juzgada no es otra cosa que la res iudicata; este aparente juego de palabras querría poner en evidencia, con la claridad de nuestra lengua madre, el sustantivo y el participio de que la frase se compone. La res iudicata no es, en efecto, a su vez, más que la res in iudicium deducta, una vez que fue iudicata; en otros términos, es el bien de la vida (propiedad, servidumbre, herencia, crédito, derecho a la división, a la separación personal, a la anulación de un acto jurídico, etcétera) que es perseguido en juicio, una vez que el juez lo ha reconocido o lo ha negado, habiendo llegado así a ser incontestable, finem controversiarum accepit; y esto ocurre con la aceptación de la demanda o con el rechazo de la misma, es decir, de ordinario (porque hay formulae praeiudiciales sin condemnatione vel absolute contingit (fr. 1 Dig. de re iud. 42, 1)”. (...) Hitters expresa que “La cosa juzgada sería ... la influencia que ejerce cierta providencia sobre las posibles declaraciones posteriores de cualquier otro órgano; y podríamos definirla, como la inatacabilidad de una sentencia jurisdiccional una vez que ha quedado firme. No se trata sólo de una mera repercusión negativa del pronunciamiento, esto es imposibilidad de abrir un nuevo proceso sobre lo mismo, sino también de una verdadera función positiva de aquél,

No pueden discutir una sentencia las partes intervinientes en el juicio, esto es, quienes fueron alcanzados por la cosa juzgada. Salvo los casos de iniquidad, toda la sentencia es inmutable: lo enunciativo, sus fundamentos, y lo dispositivo o fallo propiamente dicho, ya que la sentencia es una unidad lógica y jurídica de la decisión cuando fue dictada de conformidad a las reglas de la sana crítica racional³²⁶.

La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada tiene los caracteres de “indiscutible” e “inmutable”, entonces, parecería que la cosa juzgada es oponible *erga omnes*, y que no hay límites para ella.

Recordemos que una vez que el *iudex* había emitido su sentencia, el mandato quedaba agotado y cesaba él totalmente en su oficio; de manera que no era ya posible en ninguna circunstancia variación alguna de la sentencia de su parte³²⁷.

Aunque contra la sentencia podían darse recursos de diversa índole, veamos:

es decir, prohibición de que en otro juicio se decida en forma contraria a lo ya fallado”. (...) Entonces, la sentencia que pasa en autoridad de “cosa juzgada”, es la que pone fin al juicio haciendo lugar o rechazando la demanda, estando destinada a valer “fuera del proceso” (Chioyenda), con carácter de permanencia y de inmutabilidad. (...) Concordamos con Couture para quien la cosa juzgada es la suma preclusión: “La plena eficacia de la cosa juzgada sólo se obtiene cuando se ha operado la extinción de todas las posibilidades procesales de revisión de la sentencia; tanto en el juicio en que fue dictada como en cualquier otro juicio posterior”. (...) La sentencia pasada en cosa juzgada plena, en cosa juzgada sustancial, adquiere dos atributos esenciales: coercibilidad e inmutabilidad. Es coercible, en cuanto puede ser ejecutada compulsivamente, en caso de no serlo voluntariamente por el obligado; y es inmutable, porque ningún juez podrá modificar lo allí dispuesto. La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada tiene los caracteres de “indiscutible” e “inmutable”. Pero esos caracteres ¿son oponibles erga omnes? Ante esto, junto a Couture nos formulamos dos preguntas: 1ª) “¿quiénes no pueden discutir la sentencia?”, y 2ª) “¿qué parte de la sentencia es la que no se puede mudar?”. Estas preguntas constituyen el tema de los límites de la cosa juzgada”.

326 Para un estudio detallado, vide YMAZ, Esteban, *La Esencia de la Cosa Juzgada y Otros Ensayos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1996: “Es un hecho no carente de interés que tanto para las escuelas jurídicas tradicionales como para la teoría pura, el concepto de cosa juzgada es el mismo, reducible en último análisis a la inmutabilidad de las sentencias judiciales o, lo que viene a ser lo mismo, a su inderogabilidad. A esta conclusión no ha obstado ni la controversia abierta respecto a lo que ha de entenderse por norma jurídica y, en particular, si lo son también las sentencias, ni sobre la condición de derogables o no de unas y otras, según su naturaleza. En lo atinente a la cuestión del concepto de la cosa juzgada, derivado de la esencia de la institución, la escuela argentina aporta la observación de que aquella no puede concebirse como la inderogabilidad de las sentencias, porque todas las normas jurídicas y por consiguiente también las sentencias, que son una especie de ellas, son irreductiblemente derogables por naturaleza. No es pues que exista cosa juzgada porque las sentencias sean inmutables, es decir, inderogables. Ha de afirmarse en cambio que establecida la prohibición normativa de derogarlas, en la medida de su extensión y del acatamiento de los órganos a que está dirigida, se sigue la duración de la vigencia de las resoluciones judiciales, lo que constituye en el ordenamiento jurídico que la impone, lo que ha dado en llamarse la “fuerza de la cosa juzgada”. Caracterizando con rigor la institución como la duración de la vigencia de las sentencias derivada de la prohibición de derogarlas por otras normas jurídicas posteriores, se hace más que decidir una mera e inofensiva cuestión de palabras, pues se disuelve la aporía a que conducía antes la posible derogación sobreviviente y se descifra el reconocido carácter enigmático de la cosa juzgada”.

327 SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento Civil Romano*, cit., 105 ss. En el tiempo de las XII Tablas, el procedimiento ejecutivo se regulaba por unos cuantos artículos de aquella antiquísima ley. El demandado condenado, o satisface voluntariamente al actor, y en este caso no hay lugar a medios procesales coactivos, o no cumple, en cambio, con su obligación, y entonces el actor, transcurrido cierto plazo (30 días) podía ejecutar mediante la *manus iniectio*, la sentencia que le había sido favorable.

La *in integrum restitutio* “es una decisión del magistrado que reduce a la nada un acto jurídico cualquiera, material o procesal: tiene lugar *causa cognita*, es decir, sobre la base de una estimación de la importancia de las circunstancias invocadas, y en hipótesis que están genéricamente contempladas en el Edicto. No parece necesario que el magistrado emita un decreto especial, la mayoría de las veces, la *restitutio* va implícita en la redacción de una fórmula ficticia, por la cual el juez debe considerar como no sucedido el hecho que habría impedido la acción, o bien en la concesión de una *exceptio* al demandado”³²⁸. Se daba contra el decreto del magistrado que instituía el juicio y solo *ex magna et iusta causa*, contra la sentencia pronunciada, en palabras de Scialoja, “tenemos aquí algo que se asemeja en cierto modo a una apelación, pues para demostrarle que la sentencia ha ofendido los intereses de una persona y que hay una justa causa para que no se produzca esta ofensa; y el magistrado, al tener por tanto que conocer si esta sentencia ha ofendido realmente y en forma injusta los intereses de quien demanda la *in integrum restitutio*, viene en cierto modo a ejercer una especie de revisión de la sentencia misma”. Concluye que no hay nueva sentencia (como sí ocurre en la apelación de nuestros días) sino que el magistrado se limita a suprimir, en virtud de su *imperium*, los efectos de la sentencia ya pronunciada y a restituir las cosas a su primitivo estado³²⁹.

“Había remedios de otra índole, que, hasta cierto punto, producían también un efecto similar al de la apelación; pero se fundaban, no en el concepto de la necesidad de una revisión, como la apelación entre nosotros, sino en otros conceptos diferentes”³³⁰, como la *infittatio iudicati* en la *actio iudicati*, la *revocatio in duplum*, también la ya mencionada *in integrum restitutio* y la *appellatio collegarum*³³¹.

328 ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, cit., 160 ss. La *restitutio* tiene lugar, como sabemos, en caso de violencia, pero también se aplicó a los contratos concluidos por los menores de 25 años, a las obligaciones extinguidas por *capitis deminutio* del deudor (por ejemplo, si un padre de familia se hubiese hecho adoptar [*adrogare*], o una mujer no sujeta a la patria potestad hubiese caído *in manum mariti*, y a otros casos análogos. A veces, la *in integrum restitutio* elimina los efectos de la *litis contestatio*, haciendo revivir la relación deducida en juicio; si, por ejemplo, por un error excusable el demandado no ha opuesto excepciones perentorias que estaban a su disposición, el pretor puede restituirlo *in integrum*, y el proceso comenzará desde el principio. Arangio-Ruiz expresa, cuando se refiere a la *appellatio*, que la *in integrum restitutio* no es tal ya que es concedida en hipótesis particulares, y que, si también es aplicable a la sentencia dictada, no la reforma, sino que la anula. Igualmente, sostiene que la resistencia del demandado frente a la *actio iudicati* puede llevar a considerar no dictada la sentencia ilegal (por ejemplo, por vicio del procedimiento *in iure*, o por inobservancia por parte del juez del *iudicium* sobre el cual se acreditó la *litis*).

329 SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento Civil Romano*, cit., pág. 359.

330 SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento Civil Romano*, cit., págs. 356 ss.

331 “La sentencia del *iudex* daba lugar a la *actio iudicati*, con la que se iniciaba el procedimiento ejecutivo; aquel contra quien se había intentado la *actio iudicati*, podía oponerse; pero para hacerlo tenía que negar el valor de fallo al acto que contra él se hacía valer. Podía impugnar de nulidad la sentencia que contra él debía ejecutarse, con la *infittatio iudicati* en la *actio iudicati*, negando que el actor hiciera valer el fallo. Como, naturalmente, tenía que haber, en apariencia al menos, un fallo, lo era realmente; en otros términos, si no había tal vez vicio de nulidad (...) Pero constituye éste un medio jurídico que nada tiene que ver con la apelación; a la verdad, no se pide a un juez de segundo grado la reforma de una sentencia del juez inferior, sino que, se hace valer una nulidad contra un acto realmente nulo (...) Podía también demandarse la nulidad de la sentencia en vía principal, sin esperar a que el adversario se sirviera de ella. Esta demanda de declaración de nulidad, que sirve para despejar todas las dudas y aquietar a las partes en sus relaciones recíprocas, se llama *revocatio in duplum*, y la razón de ésta expresión es la siguiente: si el demandado en la *actio iudicati* utilizaba la excepción de la nulidad de la sentencia (*iudicatum infittabatur*) se lo condenaba al duplo, pues la *infittatio iudicati* era uno de los casos en los que *lis infittando crescit in duplum* [la *litis*, con la negativa, aumenta al doble]. Ahora bien, si en lugar de esperar a la *actio iudicati*, el demandado se presentaba sin más como actor a impugnar la sentencia, obtenía el juicio con el mismo peligro de ser condenado al *duplum*, en caso de no salir victorioso (*in duplum revocare*). (...) Había además el remedio de

Volviendo a nuestro sistema jurídico, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el reconocimiento del carácter inmutable de una decisión judicial requiere la existencia de un trámite anterior contradictorio en el que se hayan respetado sustancialmente las exigencias de la garantía de la defensa en juicio (Fallos 310:2063).

En consecuencia, sólo procede revisión o acción autónoma de nulidad, si la cosa juzgada a consecuencia de la gravedad del vicio más allá de conmoverse, en realidad no ha existido. Ya que sólo frente a supuestos de tal entidad puede habilitarse la apertura de un proceso culminado, sin menoscabo de los fines de paz, orden y seguridad jurídica, que la estabilidad de los fallos judiciales tutela.

Así el cimero Tribunal, reconoció que “son revisables las sentencias fraudulentas o dictadas en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación” (Fallos: 254: 320). La institución de la cosa juzgada como todas las instituciones legales, debe organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales, sólo cabe reconocer fuerza de resolución inmutable a aquellas sentencias que han sido precedidas de un proceso contradictorio, en que el vencido haya tenido adecuada y sustancial oportunidad de audiencias y de prueba (CSJN 12/2/71, “Campbell Davidson c. Provincia de Buenos Aires”, JA, 1971-11-231).

A propósito de la llamada “Cosa Juzgada irrita” ha dicho que “La eventual falta de un procedimiento ritual expresamente previsto en la ley procesal local no puede resultar un obstáculo para que los tribunales tengan la facultad de comprobar, en un proceso de conocimiento de amplio debate y prueba, los defectos de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada que se impugnan” (Fallos 330:3537).

“Si la sentencia fue precedida de un proceso contradictorio, en el que la provincia tuvo adecuada y sustancial oportunidad de audiencia y prueba, no se hallan reunidos los requisitos a los cuales se

la *in integrum restitutio* (...) Había otro remedio (que fue de donde se tomó luego el nombre de nuestra apelación), la *appellatio collegarum*, o más exactamente, *paris maiorisve potestatis*, esto es, la apelación ante un magistrado de igual o mayor potestad, o también ante los tribunos de la plebe (*appellatio tribunorum plebis*). Sabemos que los magistrados romanos tenían el derecho de *veto*, de *intercedere*, o sea, de prohibir a otro magistrado, la ejecución de un acto; o, si el acto está ya ejecutado, de prohibir que se produjesen sus efectos. Este principio general de derecho público romano que tuvo amplísima aplicación en materia tanto política como administrativa, era el verdadero remedio frente a la omnipotencia del magistrado romano, que durante su oficio, aparte la *intercessio* de sus colegas, no tenía limitación de ningún género. Y como los pretores, al igual que todos los magistrados romanos, no eran otra cosa que magistrados de orden político y administrativo con funciones judiciales, contra sus actos en materia judicial podían *intercedere* los magistrados de igual o mayor potestad. De manera que las partes que se creían ofendidas por un acto del magistrado, o temían sus consecuencias, podían *appellare* al magistrado de igual o superior potestad o al tribuno de la plebe, pidiéndole su intercesión; y este magistrado, a tenor de su propia apreciación, sin estar vinculado en otra forma, podía intervenir con ésta su *auxilii latio* a favor de quien se la pedía. (...) Cabía algo que en cierto modo equivalía a la apelación, pues contra el decreto del magistrado que otorgaba la *actio iudicati*, podía intervenir la *appellatio* y la *intercessio* y suprimir así el valor práctico de la sentencia impidiendo su ejecución. Así, la *intercessio* podía quitar a la sentencia hasta su eficacia de *res iudicata*, en cuanto podía anular el acto del magistrado que quisiera incluir en la fórmula la *exceptio rei iudicatae* sobre la base de la sentencia; pues ya sabemos que la inclusión de una *exceptio*, como la concesión de la fórmula, era un acto del magistrado. Pero si se pueden detener los efectos de una sentencia con la *intercessio*, ello significa en modo alguno que destruya directamente la sentencia dictada por el juez”: SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento Civil Romano*, cit., 356 ss.

subordina la petición de declaración de invalidez de la cosa juzgada írrita” (Fallos 324:1967)

“Cualquier objeción relativa a la regularidad del procedimiento desarrollado en sede local debe encontrar su cauce en los procedimientos previstos en el respectivo ordenamiento provincial para la revisión de las resoluciones judiciales, sin perjuicio de la ulterior intervención de esta Corte, si correspondiere, por vía de su competencia extraordinaria, o, eventualmente, mediante el ejercicio de una acción autónoma declarativa invalidatoria de la cosa juzgada que se considera írrita” (Fallos 323:3973”).

“Corresponde rechazar la acción autónoma de nulidad por fraude procesal respecto de una sentencia dictada por la Corte, fundada en que mediante un ardid se indujo maliciosamente a error al Tribunal acerca de su competencia originaria, ya que al haber sido precedida dicha sentencia de un proceso contradictorio, en que el vencido tuvo adecuada y sustancial oportunidad de audiencia y prueba, no se hallan reunidos los requisitos a los cuales se subordina la acción autónoma declarativa de invalidez de la cosa juzgada írrita” (Fallos 323:1222).

“No es óbice para el reconocimiento de la facultad de ejercer una acción autónoma declarativa invalidatoria de la cosa juzgada que se considera írrita la falta de un procedimiento ritual expresamente previsto, ya que esta circunstancia no puede resultar un obstáculo para que los tribunales tengan la facultad de comprobar, en un proceso de conocimiento de amplio debate y prueba, los defectos de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada que se impugnan” (Fallos 319:2527).

VI. Conclusión

Tanto la regla sentada por Ulpiano, en D. 50, 17, 207 *Comentarios a la ley Julia y Papia, libro I* dice que “La cosa juzgada es admitida como verdad”³³² (*res iudicata pro veritate accipitur*) como lo ha entendido nuestro actual sistema jurídico, la excepción *de rei iudicatae* tiene como base un interés de orden público.

Cuando un proceso ha sido objeto de una sentencia definitiva, es necesario que sea respetada la decisión del juez y que las partes cuya discrepancia ha sido regulada, no puedan volver a llevar el mismo asunto ante la justicia. Por lo tanto, si la cosa juzgada no es la misma verdad, debe tener el lugar de la verdad. De este modo, en caso de intentarse nuevamente el juicio, se podía analizar si a este nuevo juicio le corresponde el efecto de la *res iudicata*, para ello, hay que atender a cada caso en particular.

“La razón de la inmutabilidad de la sentencia firme responde a matices políticos-jurídicos, es decir a la necesidad de finiquitar definitivamente el proceso, evitando la revisión del pronunciamiento una vez cumplidas las etapas procedimentales (1° y 2° instancia), sobre las que se halla estructurado el juicio. Admitir sucesivas instancias para un eventual control del decisorio, importaría no solo

332 D.50.17.207 – Título: “De las diversas reglas del derecho antiguo”

quebrantar la economía procesal, sino postergar indefinidamente la declaración de certeza judicial a que aspiran los justiciables.”³³³

En igual sentido, lo advierten las fuentes: C. 7.52.2. *El mismo Augusto a Pacaciano*. – Si so pretexto de computación se planteasen de nuevo las cosas juzgadas, no habría término alguno para los litigios (...). Y en C. 7. 52. 4. *El Emperador Gordiano, Augusto, á Antonino*. – Es grave por ejemplo, que so pretexto de nuevos instrumentos descubiertos después se planteen de nuevo los asuntos juzgados.

Por otro lado, y así también lo habían previsto en Roma, hay remedios procesales que denotan que éste instituto no es de carácter absoluto. Al respecto, se ha sostenido que la expresión “cosa juzgada” no es equivalente a “decisión definitiva”, o inapelable, pues solamente hay cosa juzgada cuando ha habido contienda promovida por la lesión de un derecho o de un interés legítimo, y la decisión a la cual la cosa juzgada se refiere ha sido dictada en virtud de un procedimiento respetuosos de todas las garantías constitucionales³³⁴.

Cabe ponderar la idea que expresa Parry, “El Poder Judicial, sin armas, sin atribución de decretar nada fuera de su ámbito constitucional, es el mas fuerte de los poderes, en un sistema como el nuestro. Desgraciadamente, no siempre ese poder mantiene su virtud constitucional, pues cuando sus miembros claudican, gestionan el favor administrativo, etc., carecen de conciencia moral, se lo expone a su debilitamiento. En tal supuesto, debe admitirse la acción de revocación de la sentencia, aunque haya pasado en autoridad de cosa juzgada (...) Para reconocer su procedencia basta con acudir a la basta teoría que recuerda que ciertos principios generales de derecho no necesitan formulación expresa; porque son del derecho mismo; sin ellos no habría igualdad, ni seguridad, ni justicia. La consagración del fraude es el desprestigio máximo y la negación del derecho, fuente incesante de descontento en el pueblo y burla de la ley”.³³⁵

Y así lo reafirma nuestro Máximo Tribunal, cuando sostiene que: “La seguridad de las sentencias firmes, dictadas en el orden civil, debe ceder a la razón de la justicia, que exige que el delito comprobado no rinda beneficios” (CSJN, Fallos: 254:320).

333 FENOCHIETTO, Carlross Eduardo–ARAZI, Roland. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, Tomo I, pág. 574.

334 PARRY, Adolfo E. “La Cosa Juzgada Irrita”. Revista La Ley 82-744

335 PARRY, Adolfo E. “La Cosa Juzgada Irrita”. Revista La Ley 82-744

SOBRE EL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REUS

Por Laura Liliana Micieli

Laura Liliana Micieli es Profesora titular de Derecho Romano de la Universidad Nacional de La Rioja y Profesora Adjunta de Derecho Romano en la Universidad Nacional de Córdoba

El tema que voy a abordar tiene tal vez como principio mas trascendencia y connotación en el ámbito del Derecho Penal que en el derecho Civil pero sin embargo no por ello se lo debe descartar en su faz practica dentro de este último, porque ya veremos como luego fue mutando y aplicándose analógicamente a relaciones del derecho civil, de derecho laboral y de derecho administrativo.³³⁶

El análisis real sobre el conocido y difundido PINCIPIO “IN DUBIO PRO REUS” y nos preguntamos de dónde y cuándo nace este principio como tal?

Si uno busca en los autores clásicos del Derecho Romano, ninguno de ellos se refiere específicamente a él ni siquiera en el área del derecho procesal cuando se aborda la temática de las pruebas o la interpretación que debe hacer el juez de la prueba para emitir la sentencia, obvio distinguiendo según el procedimiento al que nos estemos refiriendo a los ordinarios o al extraordinario.

Se refieren a este principio los penalistas y cuando se preguntan sobre su origen las opiniones no son coincidentes, una parte de la doctrina considera que surge de una regla de derecho expresada en ³³⁷D 50.17.192.1 que pertenece al jurisconsulto MARCELO, parágrafo del cual hablaremos mas adelante; otra parte de la doctrina señala que este principio tuvo su conformación como tal en la escuela iluminista o ilustrada francesa del siglo XVIII, la denominada genéricamente Escuela Enciclopedística.

Las opiniones de los penalistas en este tema no es absoluta ni certera, pero si debemos destacar que el principio IN DUBIO PRO REUS, es un principio universalmente sostenido por las legislaciones occidentales y también aceptado, siendo tal vez la locución latina mas utilizada en los procesos penales, que significa literalmente ANTE CASO DE DUDA DEBE SER FAVORECIDO EL

336 Joan Corominas; Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Catellana (Ed. Gredos S.A.- Tercera Edición 1973)

337 D. 50.17.192.1

IMPUTADO O ACUSADO.

Es uno de los pilares del Derecho penal moderno y es guía del fiscal o figura equivalente para llevar a cabo su tarea, pues debe procurar de acusar sustentando su acusación en pruebas claras y precisas pues cuando existe duda en la evaluación de las mismas o en su consideración: se deberá estar a favor del acusado.

En general los especialistas en DERECHO PENAL, consideran que se trata de un principio vinculado directamente con otro que también constituye otro de los cimientos de esta rama del conocimiento jurídico que indica QUE TODA PERSONA ES INOCENTE HASTA QUE SE PRUEBA LO CONTRARIO y se lo relaciona directamente con otro principio trascendente en derecho penal que es el de LEGALIDAD, este ultimo indica que en cuanto a la aplicación de la normativa debe usarse siempre en materia del derecho penal la que resulte mas benigna al acusado, cuando la norma a variado desde el hecho que se esta juzgando hasta el proceso judicial, Todos estos principios están enlazados pues apuntan exactamente al mismo fin LA PROTECCION DEL ACUSADO considerando que esta parte es la que lleva lo mas gravoso del proceso y la condena ante su actuar contrario a derecho.³³⁸

Ahora bien señalada la vinculación vamos a indagar si realmente este principio tiene una raíz romanística o es como señala parte de la doctrina del derecho penal nacional e internacional que surge con la escuela enciclopedista francesa.

La ley de las doce tablas ya se ocupo de la protección de la parte mas débil acuñando el principio del FAVOR DEBITORIS , que ha tenido una atención permanente en el Derecho Romano en todo su proceso evolutivo y luego trasladándose como principio rector en materia de interpretación en los negocios Jurídicos y en especial en los contratos: Y este principio que señale al comienzo, que apunta a proteger ante la duda al reus, no tiene una similitud con relación a este principio establecido mas que nada para las relaciones de derecho privado?

Y en mi opinión tiene una gran similitud pues también protege con un criterio semejante aunque no idéntico a quien lleva en el proceso la parte más gravosa.

Y si uno analiza su surgimiento es casi obligado dirigirnos al libro 50 titulo 17 del Digesto en el cual se tratan las Reglas de derecho, que en realidad entremezcla reglas y principios jurídicos y en el fragmento 192 parágrafo 1 señala Marcelo, que literalmente dice, ³³⁹“EN LOS CASOS DUDOSOS NO SOLAMENTE ES MAS JUSTO, SINO MAS SEGURO, ATENERSE A LA INTERPRETACION MAS BENIGNA. – IN RE DUBIA BENIGNIOREM INTERPRETATIONEM SEQUI, NON MINUS IUSTIUS EST, QUAM TUTIUS”.

Este principio establecido no en forma idéntica a la expresión sintetizada en caso de duda a favor del reo, en realidad lo señala el jurisconsulto para el caso de división de herencia no en cuanto al derecho penal pero rige en general para la interpretación jurídica de cada situación en la que exista

338 Enrique Basigalupo, Presunción de inocencia, Indubio Pro Reus- Recurso de Casación.

339 D 50.17.192.1

en el proceso judicial un viso de duda para el juez en cuanto a si el acusado es quien cometió el hecho y así en relación a este aspecto cabe destacar que se sienta las bases en el Derecho procesal Romano que ha quien le incumbe la acreditación de los hechos mediante las pruebas que ofrecerá no es otro que al actor. De allí que se exprese otra regla de derecho que rige en materia procesal ACTORI INCUMBIT ONUS PROBANDI- al actor le incumbe probar todo lo que alega.³⁴⁰

Así explica Sciloja en su obra que hay casos en que el actor no prueba, pues por el hecho mismo de las cosas se considera probada la verdad del hecho en que se funda su pretensión y hay numerosos casos en que el demandado es el encargado de probar, por ejemplo cuando opone la defensa, debe probar la defensa que argumenta, ej: Cuando se indica la existencia de una deuda y el demandado señalaba YO HE RECIBIDO ESE DINERO, PERO TE LO HE RESTITUIDO. ES DECIR AQUÍ EL DEMANDADO SE VALE DE UNA DEFENSA QUE DEBERA EL PROBAR Y NO EL ACTOR, POR ELLO EL PRINCIPIO INDICADO QUE AL ACTOR LE INCUMBE PROBAR LO QUE ARGUMENTA NO SIEMPRE ES ABSOLUTO Y JUSTAMENTE LAS EXCEPCIONES CONFIRMAN LA REGLA JURIDICA.³⁴¹

Si continuamos evaluando si el principio señalado al comienzo es romanista o creado y dado forma definitiva por el enciclopedismo , debemos también referirnos que en el mismo Libro 50 titulo 17 fragmento 155 parágrafo 2 el jurisconsulto Paulo señala:³⁴² EN LAS CAUSAS PENALES SE HA DE HACER LA INTERPRETACION CON MAS BENIGNIDAD.-IN POENALIBUS CAUSIS BENIGNIUS INTERPRETANDUM EST-“. Si bien no es que se indique la situación dudosa pero se orienta en igual sentido al mismo resultado que debe darse una interpretación mas benévola de la norma y de la pena para atenuar los efectos que recaerán sobre el acusado o condenado.

En realidad este principio también se vincula con el aforismo que indica ACTORE NON PROBANTE, QUI CONVENITUR, ETSI NIHIL IPSE PRESTAR, OBTINEBIT. – no probando el actor ganara el demandada aunque nada hubiere alegado. Aforismo que se extrae de un constitución del emperador Antonino aproximadamente del año 212 d. de c. que dice literalmente “Los que quieran acusar deben tener las pruebas, pues ni la razón de derecho ni la de equidad permiten que se deba facultar para examinar los documentos ajenos. Porque no probando el actor ganara el demandado, aun cuando nada hubiere alegado.”

Y que se vincula con otro que señala “MERCEN MAS FAVOR LOS DEMANDADOS QUE LOS DEMANDANTES - FAVORABILIORES REI POTIUS QUAM ACTORES HABENTUR”³⁴³ y que esta expresado también en D 50.17.125 , que pertenece a Gayo cuando realiza comentarios al edicto provincial.

A mi criterio el principio de In DUBIO PRO REUS tiene sus orígenes en este parágrafo que le corresponde al Jurisconsulto Marcelo y que indique al inicio , mas luego fue tomado el mismo

340 Siloja, Procesal Civil Romano, Primer Tomo

341 Comentario efectuado por el Instituto de estudios Penales en la causa penal 36.179 autos G. W .G s/ Recurso de casación resuelta por la Sala II del Tribunal de Casación penal el 8 de Octubre del 2009

342 D. 50.17.155.2

343 D. 50.17.125

por la escuela de los enciclopedistas para sintetizarlo y esgrimirlo como un principio en especial aplicable al Derecho penal, pero todos los principios que hemos indicado precedentemente tienen vinculación directa con el sentido o al fin que apunta sobre la protección del demandado del acusado, y hace hincapié en la benignidad en materia del derecho penal.

En el Derecho Penal argentino se interpreta que este principio adquiere trascendencia y relevancia al momento de la valoración probatoria y la duda racional sobre los elementos objetivos y subjetivos que integren al tipo de figura penal

La jurisprudencia indica que este principio entra en juego cuando efectivamente, practicada la prueba, esta no ha desvirtuado la presunción de INOCENCIA. Lo que indicaría que este principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas en el proceso.³⁴⁴

Para gran parte de la doctrina este principio se dirige al JUZGADOR COMO REGLA DE INTERPRETACION para que si se ha realizado la prueba y existe en el ánimo del juzgador una duda RAZONABLE SOBRE LA EXISTENCIA DE LA CULPABILIDAD, se resuelva a favor del acusado³⁴⁵

Así se indica que el principio del IN DUBIO PRO REO exige básicamente tres requisitos para su procedencia efectiva y practica en el análisis del juzgador y la resolución de la causa

- a. certeza subjetiva por parte del tribunal acerca de la verdad de la imputación
- b. que la certeza subjetiva surja de elementos de prueba producidos en el litigio
- c. que la certeza obtenida a través de esas pruebas lo sea mediante inferencias validas

Es decir que este principio tal lo manifiestan los penalistas no es que procede per se sino que exige para su operatividad una serie de exigencias que lo tornan aplicable para resolver la causa bajo su amparo.

Esta expresión o adagio o aforismo latino se ha extendido a otras disciplinas como es el derecho Laboral que ha señalado IN DUBIO PRO OPERARIO, en caso de duda a favor del empleado o en el ámbito del derecho administrativo IN DUBIO PRO ADMINISTRADO en caso de duda a favor del que padece la administración o en materia de tipos contractuales específicos como lo es la locación y en muchas resoluciones judiciales se expresa IN DUBIO PRO LOCATARIO, en materia de derecho del consumidor, en la que se hace hincapié sobre la protección de la situación del consumidor y analógicamente se aplica el mismo.

Como verán Uds. el aforismo romano, elevado a la categoría de principio o regla en el ámbito de la doctrina internacional, no esta precisado aun su origen, no existiendo una uniformidad en cuanto a

344 Enciclopedia Jurídica Omeba, Ed. Driskill S. A, Bs As. Argentina 1986

345 Comentario del análisis de la Película "12 Hombres sin Piedad", de Sidney Lumet.

que época y cultura elaboro el mismo. Expuse mi opinión sobre el tema haciendo una relación directa con otros principios que en realidad permiten concluir que el espíritu e interés de los romanos en materia de relaciones jurídicas, sanciones , penas y en el proceso judicial, fue siempre ,con distintas intensidades según la época histórica, la protección de la parte mas débil, y este principio es un eslabón más de esta cadena de la protección de la parte mas débil , que en ese caso seria quien esta inculpado o sometido a juicio para determinar su culpabilidad. No estoy convencida que haya surgido como una regla de interpretación destinada al juzgador de las pruebas ofrecidas en el litigio.

Esta exposición ha sido un desafío para ahondar en un principio que no nace en el Derecho Romano y que equívocamente por su expresión latina se interpreta que ha tenido su origen en el mismo.

EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS SUCESORIOS ROMANOS

Por Raúl Augusto Montesano

Raúl Augusto Montesano es Abogado (UCA, Buenos Aires, 1997), Diploma de Honor (1998); Magister en Derecho Romano y Unificación del Derecho (Tor Vergata, Roma, 2000); Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA, Buenos Aires, 2013); Profesor Adjunto de Derecho Romano (UCA, Buenos Aires). ramontesano hotmail.com

Resumen

El régimen sucesorio del Derecho Romano parece radicalmente distinto si se comparan los extremos de su evolución histórica, tomando como punto de partida el derecho arcaico y los mores maiorum, para culminar con el sistema establecido por Justiniano. Sin embargo existen puntos de comunión entre ambos extremos. El primero de ellos es que las instituciones y normas que animaron el régimen sucesorio dependieron de ciertos principios, que explican la formación del sistema y de las normas específicas en cada momento histórico. Es cierto que estos principios fueron cambiando a lo largo del tiempo, pero queda el hecho de que siempre los juristas romanos formularon las soluciones jurídicas en consonancia con los principios fundamentales de los que partían. El segundo punto de comunión entre ambos extremos históricos radica en que los juristas romanos comprendieron que tales principios estaban imbuídos por el ius publicum, tanto si consideramos el culto de los antepasados en la primera época como si atendemos a la voluntad del causante en el derecho post-clásico. El tercer punto de contacto consiste en que desde antiguo se reconoció al ciudadano romano la potestad de otorgar testamento, potestad que radicaba necesariamente en la persona del pater. Pues bien, la reducción de la testamentio factio activa a una potestas del pater familias confirma la incidencia del ius publicum sobre esta materia, justamente porque la persona y sus potestades están abiertos a la comunidad, y en su interés se ejercen las potestades, que no quedan encerradas en el estrecho marco del interés particular ni familiar. Estas circunstancias permiten integrar, bajo una línea de continuidad y armonía, la evolución del régimen hereditario romano.

Nociones generales sobre las sucesiones romanas.

En el Derecho Romano la muerte de una persona producía la apertura de la sucesión. El vacío que dejaba la muerte debía ser ocupado por otra persona quien, ahora en calidad de heredero, tenía la misión de continuar la persona de quien había fallecido. Esto implicaba conservar el culto familiar por una parte, como así también asumir la situación patrimonial que había dejado el causante en el último instante de su vida.

Podría decirse que el pueblo romano investía al heredero en su condición de tal y lo enviaba a ocupar el lugar del causante para satisfacer una necesidad común, para cubrir el vacío que había provocado la muerte de un ciudadano, asegurando así la continuidad de la familia, la atención del culto religioso y la administración de los bienes.

Formas de la transmisión hereditaria

a. La transmisión hereditaria podía tener lugar por vía legítima o testamentaria.

En el Derecho Romano ambas opciones resultaban excluyentes, a punto tal que se había formulado el principio jurídico según el cual nadie podía morir en parte testado y en parte intestado (“*nemo pro parte testato pro parte intestato decedere potest*”).

Por eso, la existencia de un testamento válidamente otorgado desplazaba la vocación de los herederos legítimos, y a partir de la aceptación del testamento la norma primordial pasaba a ser el testamento mismo, que era el título jurídico suficiente para exigir el cumplimiento de la voluntad del causante tal como allí había sido expresada.

La designación de herederos era la razón de ser del testamento, a punto tal que un testamento que no instituyera un heredero era nulo, por faltarle su objeto esencial.

b. La potestad de otorgar testamento

La potestad de otorgar testamento –la “*testamentio factio activa*”– era claramente adscripta al “*ius publicum*”, como sostenía Papiniano: “**D.28,1,3. Papiniano, Cuestiones, Libro XIV.** *La facultad de hacer testamento no es de derecho privado, sino público*” (“*Testamentio factio non privati, sed publici iuris est*”). La Vulgata adiciona a esta sentencia que la “*testamentio factio*” no puede ser alcanzada por los pactos privados (“*ideoque forma eius privatorum pactis non laeditur*”). Por lo tanto, los juristas entendían que la *potestas* de otorgar testamento pertenecía al *ius publicum*.

En la medida en que la *testamentio factio* es una *potestas* del *pater*, la facultad de otorgar testamento que los romanos se concedieron se inscribe dentro de la macro-categoría de la persona, “*cum igitur causa omne ius constitutum est*” (Hermogeniano, D.1.5.2, concepto repetido en I.1.2.12 esta vez bajo un aspecto didáctico metodológico: “*et prius de personis videamus, nam parum est ius nosse, si personae quarum causa constitutu est, ignorentur*”).

Pues bien, la *persona* en el Derecho Romano señala tanto al hombre individualmente considerado cuanto al *paterfamilias*, titular de una potestad abierta al bien común, de forma tal que la categoría de persona resumía en sí misma tanto los intereses particulares cuanto los públicos de todo el *ius civile*. Por lo tanto, cuando Papiniano mencionaba que la *testamentio factio activa* pertenecía al *ius publicum* (D.28.1.3), y también cuando Pomponio explicaba que se trataba de una *latissima potestas* que permitía tanto instituir heredero como dar legados y libertades (D.50.16.120) en ambos casos es posible una directa referencia a los intereses públicos que subyacen en materia sucesoria, tanto legítima cuanto testamentaria.

c- Alcance de la “hereditas”

La herencia comprendía el universo de la situación jurídica que gozaba el *pater* al momento de su muerte, tanto en sus aspectos patrimoniales cuanto extra patrimoniales, principalmente en este último punto los referentes al culto familiar, el patronato, el *ius sepulchri*.

Los herederos, a saber, los hijos y también la mujer unida al *pater* en *iustae nuptias*, recibían los bienes, bienes que en general se conservaban indivisos en una comunidad denominada *ercto non cito*.

Los herederos recibían también la carga de continuar el culto de los dioses familiares y realizar las ceremonias y sacrificios preestablecidos según las costumbres de sus propios antepasados. Si no existían hijos ni *uxor* (mujer tomada en matrimonio *cum manu*, lo que la hacía agnada de su marido y heredera legítima), entonces los bienes de la familia –y por supuesto también las cargas del culto familiar- debían ser tomados por los agnados más próximos (los parientes colaterales unidos al *pater* por vía de varón), y ante la inexistencia de agnados estaban llamados los gentiles.

Esta misma vocación y carga pesaba sobre los herederos testamentarios cuando el *pater* había instituido herederos en el testamento, que desplazaban entonces a los herederos legítimos (los herederos legítimos eran los que estaban previstos en la Ley de las XII Tablas, a saber, *sui heres* –hijos y *uxor cum manu*-, agnados próximos y gentiles).

d- Irrevocabilidad de la aceptación hereditaria

La aceptación de la herencia era irrevocable, lo que traducido en términos jurídicos permitió acuñar el principio según el cual “*semel heres, semper heres*” (D.28.5.89). El principio se aplicaba tanto a los herederos legítimos cuanto a los testamentarios. Aquí hay que tener presente que ciertos herederos revestían carácter de “*necesarios*”, cuya situación quedaba establecida por imperio del *ius*, con prescindencia de cualquier acto de aceptación. Así ocurría en el ámbito de la sucesión legítima con los “*herederos suyos y necesarios*”, es decir quienes estaban sujetos a la potestad del *pater* en el momento en que se producía su muerte.

El heredero que había aceptado la herencia –o a quien se le había impuesto su condición de heredero por vía necesaria según los casos- quedaba ligado a perpetuidad con la herencia y, como consecuencia, con las cargas religiosas del culto familiar.

En realidad, el culto familiar quedaba en los primeros tiempos en cabeza de los familiares, también en aquellos casos en que el *pater* hubiese designado a un extraño como heredero. Pero ya para el S.III a.C. los Pontífices habían resuelto que el culto familiar quedase a cargo del extraño o de cualquiera que hubiese recibido los bienes hereditarios por cualquier vía, incluso por usucapión o por legados. Se procuraba con esta disposición evitar el abandono del culto familiar.

e- Estrecha vinculación entre familia y herencia

Como se puede apreciar, el régimen jurídico de las herencias se presentaba en Roma estrechamente unido a la institución familiar. La familia era una comunidad solidaria y perpetua, destinada a perdurar en el curso del tiempo, de forma tal que el patrimonio familiar pertenecía más a la familia como institución que a cada uno de los individuos que la integraban.

La vocación de perpetuidad que los romanos reconocían en la familia se traducía en gestos y consecuencias concretas, por ejemplo en el culto de los antepasados. La generación actual tenía la misión de observar el culto de sus antepasados, y al mismo tiempo asegurar descendencia que continuara el culto, culto religioso que luego los incluiría a ellos mismos en los ritos futuros. Esta visión de la familia y la consideración de los antepasados como dioses, calificación que los propios integrantes actuales de la familia alcanzarían luego de su muerte, explica la privilegiada atención que los romanos otorgaron a las sucesiones en general y a los testamentos en particular.

II- Formulación de los antiguos principios jurídicos sucesorios

a- La formulación del principio antiguo en Cicerón

La íntima relación que vinculaba la familia, el culto religioso y el patrimonio era elevada por Cicerón (Sobre las Leyes, II.19, 47-48) a principio que explicaba el fundamento último en materia de herencias, y del que hacía descender luego las normas jurídicas más específicas sobre las obligaciones de los herederos.

Resulta interesante transcribir las expresiones de Cicerón, porque muestran que el centro de gravedad en materia sucesoria pasaba no tanto por las cosas materiales, sino antes bien por la posición que se asignaba al heredero en la familia y por consiguiente en la comunidad política romana, confiando al heredero la obligación sagrada de continuar el culto familiar.

Decía Cicerón en su libro sobre Las Leyes que: *“en cuanto a las obligaciones sagradas, que ocupan un lugar más importante, basta dar una norma: que se conserven siempre y se transmitan a las familias, y como puse en la ley, que los ritos sagrados no se interrumpen nunca. Sobre este principio único, ha establecido la autoridad de los pontífices que para impedir que se olvide el culto familiar a la muerte del padre de familia, se le encomendara a quien fuera a parar su herencia. Establecido este principio, que es suficiente para el conocimiento de las normas necesarias, surgen innumerables controversias que llenan los libros de los jurisconsultos. Se pregunta quién queda obligado a los sacrificios. El título de heredero es el más justo, porque*

es la persona que está más próxima al que ha salido de entre los vivos, para hacer sus veces”.

El heredero, entonces, estaba llamado a satisfacer cierto interés público según la confianza que se había depositado en su persona. El título de heredero era suficiente para que recogiese los bienes de la herencia, pero también para que se le exigiese cargar con el culto familiar, en la medida en que el heredero era sin duda alguna la persona más próxima a la que había fallecido. Desde esta perspectiva, el heredero estaba llamado a *hacer las veces* del causante y por esto mismo resultaba inconcebible que pretendiese escindir el interés patrimonial sobre los bienes de la herencia de las cargas inherentes al culto familiar.

b- Aspectos controversiales

Las controversias a las que alude Cicerón y que ya para su época (siglo I a.C.) ocupaban los libros de los jurisconsultos tienen que ver, entre otras cuestiones, con este asunto, porque no siempre las soluciones del *ius civile* acompañaron el derecho que habían establecido los pontífices sobre familia, culto y patrimonio³⁴⁶.

En realidad, el *ius civile*, tal como lo habían comenzado a elaborar los jurisprudentes una vez que lograron emanciparse de la tutela pontifical, ofrecía remedios para que el heredero pudiese liberarse de las cargas religiosas. Pero estas soluciones provocaban fuerte resistencia en espíritus como Cicerón, quien con tono de reproche alertaba sobre la abolición que sufría el derecho pontificio a manos del *ius civile*, sacrificándose uno al otro y en definitiva alterando el principio que había sustentado en los primeros tiempos la institución de los herederos³⁴⁷.

c- La resistencia de los antiguos principios

La resistencia de los antiguos principios jurídicos basados en los *mores maiorum* contra el avance de la jurisprudencia laica se apoyaba en el interés público, que se hacía consistir en la conservación del culto religioso y por necesaria consecuencia en el mantenimiento de la estructura familiar. Aunque justo es adelantar que el interés público en materia hereditaria también será invocado por juristas

346 La Ley de las XII Tablas calificaba como *heres a los sui* que estaban sujetos a la potestad del *pater* el momento de su muerte, mientras que los agnados próximos y gentiles no eran calificados como herederos, sino que simplemente se les atribuía la “*familia*”, en el significado económico del término. Por esto se ha dicho que “*al di lá dei ‘sui’ e degli istituiti c’era solo l’acquisto patrimoniale, il ‘familiam habere’ (in cui ‘familia’ significa patrimonio). Poiché le forme del testamento (‘calatis comitiis’ o ‘in procinctu’) erano tali che bisognava pensarci in tempo, avveniva che chi si trovava prossimo alla fine alienasse il patrimonio ad un altro, mediante la ‘mancipatio familiae’, dandogli incarico fiduciario di trasferire i beni dopo la sua morte a date persone; questo atto non determinava certo una ‘successio’, ed aveva in origine effetti assai limitati. Attraverso la giurisprudenza pontificale avvenne il processo di fusione del ‘familiam habere’ coll’ ‘heredem esse’; e la ‘mancipatio familiae’, adattata anche nella forma, diede luogo al ‘testamentum per aes et libram’. L’ ‘heres suus’ conservò però una posizione particolare nei confronti degli altre eredi” (Grosso, Giuseppe, *Storia del diritto romano*, Torino, 1965, p.141).*

347 “Sobre este punto y otros muchos os preguntós, Escévolas, pontífices máximos, y a mi juicio espíritus muy agudos, ¿por qué pretendéis unir el derecho civil al derecho pontificio? Porque con la ciencia del derecho civil abolís en cierta manera el derecho pontificio. Puesto que el principio según el cual, el deber de los sacrificios acompaña a la fortuna dimana de la autoridad de los pontífices, pero como vosotros sois a un tiempo peritísimos en derecho civil, sacrificáis una ciencia a la otra. Publio Escévolas, Tiberio Coruncanio y otros pontífices máximos han decidido que quienes reciben una parte de la herencia igual a la de todos los herederos juntos, quedarán obligados a los sacra familiares”, Cicerón, *Sobre Las Leyes*, Libro II.21.52.

posteriores, pero ahora para sostener la voluntad del causante contra maniobras de herederos o legatarios tendientes a sustraerse de las cargas impuestas en los testamentos, incluso cuando tales cargas ya no tengan contenido religioso sino meramente patrimonial.

En cierto sentido, el tópico del *interés público* fue trasvasado desde la protección de la familia y conservación del culto familiar –principio moral y jurídico en los primeros tiempos– hacia la protección de la voluntad del causante en los períodos clásico y post-clásico, de forma tal que paulatinamente se otorgó preferente atención a la voluntad del testador y se otorgaron remedios procesales para asegurar su real eficacia contra los intereses divergentes de herederos, legatarios, fideicomisarios o acreedores³⁴⁸.

Por eso, más allá de las controversias entre pontífices y juristas, lo cierto es que todos estaban de acuerdo en que la institución del heredero estaba alcanzada por un interés público que excedía el simple ámbito del *ius privatum*³⁴⁹.

III- La voluntad del causante. Paulatino reconocimiento como nuevo principio sucesorio

a. *Las XII Tablas: “uti legassit suae res, ita ius esto”*

A partir de cierto momento, la elección del propio heredero pasó a ser un asunto que los romanos dejaron en manos de cada uno de los ciudadanos, a quienes se autorizaba a otorgar testamento cuyo objeto esencial era, precisamente, la institución del heredero. Los romanos gozaron así de amplia libertad para designar herederos y en general para organizar sus potestades y patrimonio

348 No pasa desapercibido que un movimiento similar, por lo menos en cuanto a su resultado si no también en cuanto a su proceso de formación histórica, se observa en materia contractual, con un progresivo afianzamiento del consensualismo como epicentro negocial, frente a las antiguas formas solemnes de cuya observancia estricta dependía toda la eficacia del negocio. La consideración del elemento volitivo y la reducción de la forma a un simple medio de exteriorización de la voluntad abrió la puerta a la interpretación individual, para establecer ya sea a través de la propia declaración o incluso según las circunstancias del acto, cuál había sido efectivamente la voluntad real del declarante. La búsqueda de la verdadera voluntad tuvo su campo propicio de aplicación en los actos desprovistos de forma específica y también en los testamentos, a pesar de que en este último caso la forma siempre fue reputada solemne. Prueba de lo expuesto es el siguiente paso de Marcelo, recogido en D.34,5,24: “**Marcelo, Digesto, Libro XI.** Cuando en un testamento se escribió con ambigüedad, o aun malamente, se ha de creer que se interpreta benignamente, y en conformidad a lo que se pensó que es creíble”. Como se ve, el testamento debe ser interpretado *benigne* y teniendo presente lo que pensó el testador, prestando oído a su *vox mens* como exige Celso en D.33.10.7.2 ante el problema de interpretar un *ambiguo sermone* (cfr. Di Pietro, Alfredo, Los negocios jurídicos patrimoniales en el Derecho Romano, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2004, p.301 y siguientes; Burdese, op.cit.p.192 y siguientes).

349 La oposición entre *ius publicum* – *ius privatum* aplicada a la materia testamentaria resulta destacada por autores que, como Burdese, contraponen las formas públicas y las privadas del acto testamentario, otorgando a las formas más antiguas (*calatis comitiis, in procinctu*) la expresa calificación de “*arcaiche forme publicistiche del testamento*” (Burdese, Alberto, Manuale di Diritto Privato Romano, 4° edición, UTET, Torino, 1993, pág.630). En realidad, el desborde hacia el ámbito público en materia testamentaria no lo reduce el autor solo a sus formas, sino que lo extiende también al fundamento que explica el instituto de la *hereditas*, tal como por otra parte viene reconocido por los juristas romanos de las diversas épocas.

para después de su muerte. Las atribuciones del testador –como resulta lógico en función de lo que se viene diciendo– no se reducían sólo al aspecto económico de la herencia, sino que comprendían también la organización del poder sobre la familia, por ejemplo, a través de la designación de tutores sobre sus hijos, que administrarían los bienes hasta la pubertad. Pomponio decía que el testador gozaba de “*latissima potestas*”, “*potestas*” o facultad que fundaban los juristas en las breves palabras de la Ley de las XII Tablas: “*uti legassit suae res, ita ius esto*”.

La interpretación jurisprudencial llevó hasta sus límites más amplios las escuetas palabras de la Ley, aunque luego, según relata el mismo Pomponio, otras fuentes jurídicas vinieron a limitar la amplísima libertad que se había concedido a los primeros romanos. Esto resultaba lógico, puesto que la amplitud testamentaria derivaba no tanto del texto legal de las XII Tablas sino más bien de la interpretación que sobre el texto habían efectuado los pontífices y juristas.

b. Evolución histórica de la “latissima potestas”

La progresión histórica sobre facultades testamentarias viene apretadamente resumida por Pomponio, quien ofrece como punto de partida la más amplia libertad que se fundaría en la Ley de las XII Tablas, libertad que luego habría sido restringida por juristas posteriores: “**D.50,16,120. Pomponio, Comentarios a Quinto Mucio, Libro V.** *Con estas palabras de la Ley de las XII Tablas, UTILEGASSIT SUAE RES, ITA IUS ESTO, parece atribuida latísima facultad así para instituir heredero, como para dar legados y libertades, y también para constituir tutelas; pero esto ha sido restringido por la interpretación de las leyes, o por la autoridad de los que constituyen el derecho*”.

Para otorgar una idea sumaria sobre el contenido que llegó a tener la amplísima facultad de testar, baste mencionar la potestad de instituir herederos y desheredar a los otros herederos legítimos, disponer sustituciones de unos herederos por otros, fijar las cuotas de cada uno, disponer legados, crear fideicomisos, otorgar libertades a los esclavos, designar tutores, reconocer obligaciones, por nombrar algunas de las cláusulas que podían contener los testamentos. Pomponio refiere que para su época –ya en el siglo II d.C.– la interpretación de las leyes y la autoridad de los que constituían el derecho había restringido la voluntad del testador, para que no se creyese que quien otorgaba un testamento disponía de sus bienes sin límites de ninguna especie. Además estaba el hecho de que nadie puede disponer en su testamento que las leyes no tengan aplicación, como también recordaba Pomponio en sus Comentarios a Sabino (D.30.55), lo que en realidad no es sino la aplicación a esta materia de un principio más general, según el cual *publicum ius privatorum pactis mutari non potest* (D.2.14.38).

Pero las cosas no siempre fueron así. Además, la evolución histórica propuesta por Pomponio y la misma amplitud testamentaria han sido impugnadas con argumentos de diversa índole. En realidad, no parece del todo cierto que en los primeros tiempos los romanos gozaran de amplia libertad en este aspecto. Es verdad que la referencia del jurista antoniano en D.50.16.120 apunta al régimen instaurado a partir de la Ley de las XII Tablas. Esto mismo hace necesario mencionar el estado de la cuestión en la época más antigua. El régimen hereditario en edad arcaica guardaba indisoluble comunidad con el sistema familiar. El patrimonio familiar pertenecía a la comunidad estructurada bajo la manus del pater antes que a cada uno de los individuos, y en tal carácter debía ser preservado

para las futuras generaciones. En su debido momento, los descendientes tendrían la obligación de perpetuar el culto de los antepasados. La familia, entonces, resultaba un complejo de elementos patrimoniales y no patrimoniales (entre estos últimos los sacra familiaria o ritos domésticos, el *ius sepulchri*, el patronato) que estaba destinado a pasar naturalmente de padres a hijos. La calificación de los hijos como herederos del padre es entonces consecuencia natural y necesaria del parentesco, a punto tal que más que hablar del hijo como sucesor del padre, correspondería insistir sobre la continuación de la familia del padre en el hijo. En esta primera época arcaica no estaba permitido que el padre quitase a sus hijos la calidad de herederos, y apenas se permitía al padre, para asegurar la continuidad de su familia, recurrir a la *adrogatio*, es decir a incorporación de un extraño a su familia, quien a partir de ese momento quedaba asimilado a un hijo con todos los alcances del término. De esta manera, a partir del acto solemne de la *adrogatio* que tenía lugar ante el pueblo romano reunido en los comicios calados, el extraño adquiría ahora la condición jurídica de hijo y, por lo tanto, de heredero.

Pero sólo habría estado permitida la *adrogatio* ante la inexistencia de hijos varones y para asegurar la continuidad del culto familiar. Incluso más, ciertos autores sostienen que el *testamentum calatis comitiis* habría nacido como derivación directa de la *adrogatio*, haciendo mérito de que tanto la *adrogatio* cuanto el testamento comicial serían los dos únicos actos familiares –y como tales inherentes al *ius privatum*, aunque esta calificación no pueda concederse sin mayor análisis– que tenían su sede propia ante los comicios calados. En esta hipótesis, la *adrogatio* se distinguiría del testamento en el efecto inmediato que producía en cuanto incorporación actual del extraño bajo la potestad del *pater*, mientras que el testamento difería sus efectos hasta la muerte del causante³⁵⁰. En realidad, entre la *adrogatio* y el testamento *calatis comitiis* tomados como puntos extremos de esta evolución, puede ubicarse como eslabón intermedio la “adopción hereditaria”, que si bien no aparece en las fuentes jurídicas sí puede reconstruirse a través de citas literarias. Se trataba del caso del *pater* que hacía un testamento *calatis comitiis* en el cual instituía heredero a un extraño, pero con la condición de que tomase el nombre gentilicio. La imposición del nombre gentilicio al heredero asemejaba este negocio a la *adrogatio*. Sin embargo, el adrogante no ejercía la *patria potestas* sobre el adrogado, porque los efectos de esta adopción hereditaria se producían recién después de su propia muerte. Este último elemento aproximaba la adopción hereditaria a la naturaleza jurídica del verdadero testamento, sobre todo a partir de que el pretor concedió acciones útiles y también la *bonorum possessio* al heredero que rechazaba tomar el nombre gentilicio (ver D.36.1.63.10). Nos encontramos ante una institución híbrida sobre cuya naturaleza y efectos jurídicos no existe consenso entre los romanistas³⁵¹, quizás también porque la adopción hereditaria se utilizó más con fines políticos que estrictamente jurídico – familiares (por ejemplo, caso de la adopción de Octavio por Julio César).

c. Restricciones a la potestad de otorgar testamento

350 Burdese, op.cit.pág.626 y siguientes. En el mismo sentido, Grosso, Giuseppe, *Storia del diritto romano*, Torino, 1965, p.140: “E in questo succedere dei figli al pater si vede chiara la genesi de quel valore e significato del titolo de heres, che si conserva nello sviluppo dell’eredità romana, e si scorge anche il parallelismo coll’acquisto di potestà nelle successioni tra vivi”.

351 Di Pietro, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, 2ªed.página 299.

En otro orden, contra la “*latissima potestas*” con que Pomponio parece favorecer toda especie de facultades en cabeza del testador, se ha objetado que en la Ley de las XII Tablas la expresión “*uti legassit suae res, ita ius esto*”³⁵² implicaría doble género de restricciones. Por una parte la expresión “*legassit*” permitiría apenas algunas disposiciones a título particular, pero no avalaría la institución de herederos a título universal y de esta forma quedaría la herencia –entendida como universalidad comprensiva de elementos patrimoniales y extrapatrimoniales– siempre en cabeza de los herederos legítimos –normalmente los hijos bajo potestad del *pater*–. En segundo lugar, aquello que se permitiría “*legar*” no serían todos y cada uno de los bienes del patrimonio familiar, sino las “*suae res*”, las cosas suyas propias del *pater*, interpretadas como distintas de las otras cosas que componían el patrimonio familiar y que en tal carácter estaban destinadas a permanecer en la familia. En esta inteligencia, las cosas propias del *pater* (“*suae res*”) serían aquellas cosas de menor valor, más bien personales, seguramente muebles, cuya disposición singular a favor de extraños no afectaría la intangibilidad del patrimonio familiar.

Por fin, no ha dejado de mencionarse la calificación de herederos (*heres*) que la Ley de las XII Tablas asigna a los *sui*, esto es, a quienes se encontraban sujetos a la potestad del *pater* en el momento de su muerte, calificación que la Ley no repite cuando otorga vocación a los agnados próximos o a los gentiles en su defecto. A estos últimos (agnados próximos y gentiles) la Ley les encarga la *familia* pero no los designa como *heres*. Algunos autores pretenden ver aquí una diferencia sustancial entre ambos tipos de sucesores. Otros, en cambio, no justifican la distinción, salvo por el hecho de que la inexistencia de *sui heres* implicaría la extinción de la familia, con lo que los agnados o gentiles simplemente tendrían la carga de continuar el culto de los antepasados de una familia que, en la realidad de los hechos, había dejado de existir³⁵³.

d. Recapitulación

En función de lo expuesto, resultaría que en la época arcaica los herederos serían normalmente los miembros de la familia, y sólo ante la inexistencia de hijos varones aptos para continuar el culto familiar se habría permitido la incorporación de un extraño a la familia, a través de la *adrogatio*, rito solemne a cumplir frente a la presencia de todo el pueblo especialmente convocado en los comicios calados y bajo la autoridad del Pontífice Máximo. Algo después se habría permitido que los efectos de la *adrogatio* se demorasen hasta la muerte del *pater*, y éste habría sido el origen del testamento

352 Tal como viene recogido el texto decemviral en Gayo 2.224 y D.50.16.120 (Pomponio).

353 Burdese, op.cit.pág.629. También Grosso, quien propone en función de esta diferencia la razón de ser del testamento, como instrumento apto para procurarse un heredero, un *filius mortis causa* en la sugerente expresión del autor: “*E se uno non aveva, figli, cioè heredes sui? Una norma delle XII Tavole stabilisce che se colui che non ha heredes sui muore intestato, ‘adgnatus proximus familiam habeto’, e che, se non vi sia l’adgnatus, ‘gentiles familiam habeto’. Qui ‘familia’ viene nel significato di patrimonio (in una determinazione che rappresenta uno dei significati del termine); quindi l’adgnatus proximus non era originariamente heres (ché il ‘familiam habere’ si contrapone allo ‘heredem esse’) e così veniva meno la continuazione dei ‘sacra’ familiari. Ecco perché era sorto il testamento: era sorto cioè allo scopo de crearsi un ‘filius mortis causa’, per assicurare la continuità della familia e dei ‘sacra’ familiari; e cioè spiega come il testamento si facesse ‘calatis comitiis’, cioè davanti ai comizi curiati alla stesa guisa dell’adrogatio, cioè dell’adozione de un pater familias da parte de un altro paterfamilias. In origine faceva testamento chi non aveva figli; ma si riconobbe il potere del ‘pater’ (potere che avrà dovuto essere giustificato alla stregua dell’ordinamento interno familiare) di diseredare il ‘filius’, toglierli cioè questa sua qualifica, ed allora istituire un altro in luogo de ‘filius’” (Grosso, op.cit.p.140).*

romano más antiguo. La extensión de las potestades conferidas al *pater* en la Ley de las XII Tablas (“*utí legassit suae res, ita ius esto*”) habrían sido paulatinamente ampliadas en la práctica, aunque pronto aparecieron reacciones frente a su ejercicio abusivo, y las morigeraciones vinieron tanto por vía pretoria cuanto por otras fuentes jurídicas (“*por la autoridad de los que constituyen el derecho*”) como se recuerda en D.50.16.120).

Por ello, sin perjuicio del movimiento pendular que pueda registrarse sobre las facultades conferidas al testador, lo cierto es que los romanos jamás perdieron del todo de vista que el patrimonio familiar debía quedar, normalmente, para los miembros de la familia, y sus pontífices, magistrados y juristas no dudaron en recurrir al derecho divino y al *ius publicum* para otorgar legitimidad a la interpretación del *ius* en esta materia.

IV. El “*ius publicum*” como criterio superador de las tensiones en el sistema jurídico sucesorio.

Como recordaba Cicerón, las obligaciones sagradas fundamentales del hombre romano consistían en rendir culto a sus antepasados y asegurar la transmisión del culto a las generaciones futuras. Los pontífices habían establecido que esta obligación religiosa recayese sobre aquel a quien fuesen a parar los bienes de la herencia por cualquier título, que en general sería la persona del heredero. Este principio, decía Cicerón, era suficiente para comprender todas las normas relativas a las sucesiones, ya fueran legítimas o testamentarias, y además de este principio único debían derivarse las soluciones prácticas para las controversias que girasen en torno a las sucesiones romanas.

Resulta entonces que las herencias en sus diversos aspectos estaban alcanzadas por el *ius publicum*, en la medida en que la organización familiar y el culto de los antepasados no se reducía al interés de una sola persona, ni siquiera al interés de la correspondiente familia, sino que toda la comunidad estaba interesada en asegurar el mantenimiento del culto familiar³⁵⁴.

354 El concepto de *ius publicum* osciló desde la organización y estructura de la *civitas* en la definición de Ulpiano (“*ius quod ad statum rei Romanae spectat*”) hasta el *ius* entendido como aquel derecho creado por el *populus* por medio de la ley y fuentes equiparadas. En ambos supuestos, la estructura familiar, el culto de los antepasados y por consecuencia la transmisión hereditaria fueron alcanzados por el *ius publicum*, tanto porque estos asuntos concernían a todos los romanos, cuanto porque existía sobre ellos un “derecho positivo” establecido por el pueblo por medio de leyes y otras fuentes jurídicas. Al explicar el tema del *ius publicum*, dice Grosso: “*il proceso de spontanea espressione del ius nella società interfamiliare, la posizione della civitas e della lex ed i rapporti di queste col ius (qualificato come civile, cioè quale ius civium, ius inter cives, sia in una contrapposizione alla struttura della civitas che é estranea alla formazione di esso, sia in antitesi al ius dei cittadini di altre città), l’evolversi di tali rapporti, che giungerá piú tardi alle leges perfectae e dalla qualifica della lex come fonte del ius, spiega come il termine ius si proietti in un’accezione piú vasta ad indicare il diritto, l’ordinamente giuridico, e come si presenti e individui successivamente un concetto de ius publicum, che si innesta nell’antitesi publicum-privatum e che dará luogo nella giurisprudenza romana alla impostazione di quella distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, che a noi si presenta fra le classificazioni elementari del diritto, che ci appare come assai risalente, mentre il complicarsi della vita sembra renderla incerta ai margini*” (Grosso, Giuseppe, Storia del Diritto Romano, Ed.Giappichelli, Torino, 1965, p.130).

a. *Formas públicas testamentarias*

La intervención de los pontífices y de los comicios en la autorización de los actos de organización familiar en la etapa arcaica (*adrogatio* y testamentos ante los comicios calados) ratifica esta conclusión. Incluso en la época de Cicerón se mantenía el mencionado criterio como principio de solución de las controversias y de interpretación de las normas específicas, aunque ya para entonces no fuera el único criterio aplicable a la materia, como luego se mencionará.

b. *El “nemo pro parte...”*

Los principios jurídicos arcaicos en materia sucesoria dependían del principio fundamental identificado como la conservación del culto familiar.

Por ejemplo, el “*nemo pro parte*” (recogido, por ejemplo en I.2.14.5: “...*neque... idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest...*”), es decir, el principio según el cual no era posible que los herederos fueran designados simultáneamente por el testador y por la ley, de manera tal que un sistema hereditario desplazaba necesariamente al otro, se explicaba por la atribución del culto familiar a la persona designada en el testamento, y una vez establecida la identidad de esta persona ya no era necesario buscar a ninguna otra para asignarle la condición de heredero.

La primacía absoluta que para los primeros romanos tenía la obligación de mantener el culto, y el hecho de que la asignación de los bienes era hasta cierto punto un efecto secundario de la condición de heredero, hacían que la solución del “*nemo pro parte*” fuera connatural al sistema hereditario.

La evolución jurídica posterior conoció excepciones a este principio, cuando el fundamento hereditario dejó de tener su asiento en el culto familiar y se desplazó hacia la primacía de la voluntad del causante.

c. *“Semel heres, semper heres”*

Por las mismas razones, una vez adquirida la calidad de heredero ya no era posible desplazar esa situación hacia otra persona.

El principio se enunciaba bajo el aforismo “*semel heres, semper heres*”, y fijaba la situación del heredero en cuanto tal desde el momento mismo de la muerte del causante para el caso de los herederos necesarios, o bien desde el momento de la aceptación de la herencia para los demás supuestos.

Este principio no resultaba alterado por algunos institutos específicos, como podría ser la *in iure cesio hereditatis*, puesto que en el mejor de los casos la que resultaba cedida no era la calidad de heredero propiamente hablando –calidad que siempre permanecía en quien había aceptado la herencia– sino que la cesión producía efectos respecto de cada una de las cosas particulares que integraban la herencia.

Pero también en este punto, cuyo fundamento público residía en la necesidad de perpetuar en una

persona la responsabilidad de mantener el culto familiar, se introdujeron innovaciones, con la finalidad de hacer cumplir lo mejor posible la última voluntad del causante, criterio que también fue elevado por los juristas a principio de orden público y en tal carácter protegido mediante diversas intervenciones del pretor.

d. *La voluntad del causante, “publice enim expedit, suprema hominum iudicia exitum habere” (Paulo, D.29.3.5)*

Ahora bien, de forma más bien insensible y paulatina, el interés público que en la época arcaica se hacía consistir en la conservación del culto familiar, comenzó a desplazarse hacia la protección de la voluntad del causante, a punto tal que en D.29.3.5 se recoge una sentencia de Paulo (Comentarios a Plaucio, libro VIII), en la cual se afirma enfáticamente: *“publice enim expedit, suprema hominum iudicia exitum habere”* (“importa a la utilidad pública que tengan efecto las últimas voluntades de los hombres”).

El cumplimiento efectivo y real de la voluntad del causante resultaba así elevado a un criterio rector en materia sucesoria –por lo menos en cuanto a la argumentación jurídica se refiere, tanto para justificar innovaciones legislativas cuanto para legitimar la concesión o denegación de acciones en el caso del pretor–, criterio que estaba destinado a desplazar al culto familiar como fundamento hereditario y que también resultaba atribuido al ámbito jurídico de lo público.

En virtud de este nuevo principio, el pretor que debía conceder o denegar las acciones a los herederos, legatarios, acreedores, esclavos manumitidos o cualquier otro interesado en la herencia, ya no estaba ligado a la preocupación de conservar el culto familiar, sino que su misión era indagar cuál había sido la verdadera intención del causante –ya se hubiera expresado en un testamento o incluso de otra forma, porque también en este punto se produjeron significativas novedades– y procurar que la misma no se viera frustrada en la práctica.

En los dos extremos de la evolución jurídica, tanto en la edad arcaica en la que se protegía primordialmente el culto de los antepasados, cuanto en la época clásica en la que preponderó la protección de la voluntad del causante, los juristas y magistrados tenían la íntima convicción de que el asunto entre manos afectaba el interés público de todo el pueblo romano, y con tal alcance diseñaron remedios específicos, cuyo alcance práctico dependía del principio del cual en cada caso habían partido y de las concesiones que se permitieran a favor del principio contrario.

V. Conclusiones

Como no podía ser de otra manera, el genio jurídico romano logró fórmulas de un delicado equilibrio que, en general, tuvo en cuenta ambos fundamentos, de forma tal que la conservación del culto familiar se prolongó ahora en la protección de la familia y en la conciencia de que los bienes familiares estaban destinados, en principio, para ser disfrutados por sus integrantes naturales. La querela inofficiosi testamenti vino a ser el instrumento procesal que receptó esta necesidad sentida

en la vida social y jurídica de los romanos.

Pero al mismo tiempo se concedía al pater la garantía de que, dentro de ciertos límites razonables, su última voluntad también sería ejecutada, porque también en ello iba el interés público general. Esto último se logró, entre otras providencias, gracias a la oportuna intervención del pretor, quien llegó a conceder acciones ficticias a los legatarios y cualquier otro beneficiario de cláusulas testamentarias, en aquellos casos en los que el heredero rechazaba el testamento (por ejemplo, D.29.4.1.pr: “el pretor protege las voluntades de los fallecidos, y se opone a la astucia de los que habiendo prescindido del título del testamento poseen ab-intestato la herencia o parte de ella, con el objeto de defraudar a aquellos a quienes se les pudo deber algo en virtud de la última voluntad del difunto... y promete acción contra ellos”).

El equilibrio entre ambos principios sucesorios –el culto familiar por un lado y la voluntad del causante por el otro- fue posible en el derecho romano, en virtud del principio general que colocaba a la persona como fundamento constitutivo de todo el sistema jurídico, “cum igitur hominum causa omne ius constitutum est” (Hermogeniano, D.1.5.2).

La comparación del estado de la cuestión entre los tiempos arcaicos y la época clásica del Derecho Romano permite apreciar las profundas transformaciones que sufrió el régimen sucesorio. Pero también permite apreciar, como línea de continuidad, que el heredero siempre estuvo al servicio de un interés público cuando aceptaba inmiscuirse en las cargas hereditarias. Tanto el culto familiar cuanto la voluntad del causante fueron considerados “cosas públicas” y en tal carácter protegidos en el mundo jurídico de los romanos.

Las soluciones que los juristas arbitraron en el curso de los siglos integraron ambos principios sucesorios, enriqueciendo de esta forma el legado recibido por nuestra cultura. Se puede cerrar esta contribución, entonces con las palabras llanas y contundentes de Alvaro D’Ors, que destaca la importancia del testamento en el sistema jurídico romano y actual: “quisiera destacar aquí cuatro de esos logros geniales de Roma, que la recepción europea del Derecho Romano nos ha transmitido como si fuera algo dado por la misma naturaleza de las cosas, cuando en realidad son invenciones geniales y exclusivas de los romanos: la distinción entre posesión y propiedad, el concepto de causa jurídica, el contrato consensual y el testamento, cuatro piezas esenciales del derecho moderno”.

EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL AL BUEN GOBIERNO. ANTECEDENTES ROMANÍSTICOS

Por Patricia Silvina Mora

Patricia Silvina Mora es Profesora Adjunta interina de Derecho Romano de la Universidad de Buenos Aires.

I.- IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO. SU RECEPCIÓN EN INSTITUTOS CONSTITUCIONALES DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.

Adentrarse en el estudio de la participación de los ciudadanos en el ejercicio de las funciones públicas supone entender las premisas jurídicas, políticas e ideológicas de lo que hoy se entiende por tal participación, así como los antecedentes jurídicos de tales instituciones arraigadas en el derecho continental.

Para ello, no solo es necesario partir de las características de las modernas sociedades industriales, de las del esquema institucional que sobre ellas se asienta y de las relaciones entre aquel conglomerado social y este conjunto de instituciones públicas.

Muy por el contrario, el estudio de los orígenes de las instituciones democráticas participativas ofrece un panorama enriquecedor para una visión íntegra del fenómeno y es allí en dónde una vez más las instituciones del derecho público romano y los principios que de ellas se desprenden juegan un rol preponderante.

Por otra parte, los principios generales permiten, desde una perspectiva positiva, configurar un Derecho en el que las instituciones, categorías y conceptos reflejen la racionalidad, la objetividad y el sentido de servicio objetivo al interés general que de ellos se espera.

La expresión Estado democrático, tiene un carácter eminentemente político. Alude precisamente a los fundamentos y al modo de gestión del poder público para resaltar, por un lado, la legitimación de

todo poder en la voluntad popular y, por otro, la obligación de ejercer ese poder teniendo en cuenta la voluntad popular manifestada.

En tal sentido también se pronuncia Habermas: “*Públicas llamamos a aquellas organizaciones que, en contraposición a sociedades cerradas, son accesibles a todos*”³⁵⁵.

El horizonte de excelencia humana, de la civilidad, la *areté* para los griegos y la *virtus* para los romanos, correspondía a la esfera pública requería actuar en presencia de los otros; mientras que lo social, la capacidad de ser gregario no era lo distintivo ya que resulta común aún a ciertas especies animales.

Así señala Cicerón: “... es más fácil y más segura y menos enojosa o nociva para los demás la vida de los solitarios; pero es más provechosa para la especie humana y más a propósito para la fama y la distinción, la de aquellos que se han consagrado a los asuntos del Estado y a la realización de grandes cosas (...) Quienes, por el contrario, no tienen ninguna causa semejante (que le exima de la responsabilidad), si dicen que desprecian aquellas cosas que muchos admiran, el mando y las magistraturas, pienso que no solamente no debe tomárseles a honra, sino que hasta debe atribuírseles culpa”.³⁵⁶

Para Sennet la ciudad sería la civilidad institucionalizada, entendiendo por civilidad lo siguiente: “es la actividad que protege a la gente entre sí y, sin embargo, les permite disfrutar de la compañía de los demás. Llevar una máscara constituye la esencia de la civilidad. Las máscaras permiten la sociabilidad pura, separadas de las circunstancias del poder, la enfermedad y el sentimiento privado de aquellos que las usan. La civilidad tiene como objetivo el proteger a los demás de ser cargados por uno mismo”³⁵⁷

A su vez, conforme la prédica de Rousseau: “(...) encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado y por virtud de la cual, cada uno uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes. Tal es el problema fundamental, al cual da solución el contrato social”³⁵⁸

Entonces, este ha sido el fundamento del estado liberal que, poniendo límites, protege las libertades de todos.

En el primer artículo del Bill of Rights añadido a la constitución norteamericana y en el debate que se dio para su adopción, esta relación se ve con nitidez. En efecto, allí se dice que no se establecerá ninguna religión oficial ni ninguna condición que impida el libre ejercicio de la religión, de la libertad de palabra, la prensa o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a presentar peticiones al gobierno. Por ello, en este modelo se entendía que la participación se enmarcaba en el ámbito de la libertad de expresión que formulará la opinión pública y en el derecho a peticionar.

355 Cf. HABERMAS, *Historia y crítica de la opinión pública*, trad. Antonio Doménech y Rafael Gracia, 6ª edic., Barcelona, ediciones G. Gili, 1999, pág. 41

356 CICERÓN, Marco Tulio, *De Officiis*, versión española y notas de Baldomero Estrada, introducción de Antonio Gómez Robledo, “*Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana*”, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª edición, Ciudad de México 1962, Libro I, XXI, 3-4.

357 SENNETT Richard, *El declive del hombre público*, trad. Gerardo di Masso, Barcelona, Península, 2002, pág.578.

358 ROUSSEAU, *El contrato social*, trad. Fernando de los Ríos Urruti, Madrid, Espasa-Calpe, 1975, pág. 42.

El siglo XXI nos encuentra en plena superación de lo que se ha denominado democracia representativa y Estado Social de Derecho, para encontrarnos con la expresión Estado Social y Democrático de Derecho.

Desde este punto de vista, lo importante es que la organización de los poderes públicos y el proceso de elaboración de sus decisiones garanticen la adecuación de la decisión final a la voluntad del pueblo. De tal manera, el principio de participación se reconduce a la fórmula del Estado democrático, que no es más que la intervención de los ciudadanos, de una u otra forma, en el proceso de determinación de las decisiones colectivas.

La nueva manera de gobernar se caracteriza por un modo más cooperativo y consensuado en las relaciones entre las Administraciones y los actores sociales que pretende recuperar la erosionada legitimidad democrática del Gobierno. La “buena gobernanza” está orientada –siguiendo a CERRILLO I MARTÍNEZ- por los principios de participación, transparencia, rendición de cuentas (*accountability*), eficacia y coherencia³⁵⁹.

Para que la participación pueda ser considerada un principio dotado de valor jurídico, debería construirse con criterio estrictamente técnico jurídico y superador, por ende, de un triple orden de limitaciones: por un lado, las derivadas de la imprecisión y generalidad a que conduciría atenerse al sentido etimológico del término, útil para el estudio sociológico de la cuestión, pero no adecuado para definirla como herramienta eficaz; por otro, las provenientes de esa necesidad de precisión, las que, de no equilibrarse debidamente, podrían, quizás, llevar a excluir del concepto supuestos que la desnaturalizarían e implicaría tan solo virar hacia otros protagonistas del poder tal vez más poderosos que el mismo Estado. Finalmente, las originadas en el empleo ideológico del término, de acuerdo con las cuales la participación estaría ligada, exclusivamente, a los postulados propios del Estado Social y Democrático de Derecho.

Ello nos lleva inevitablemente a considerar la advertencia de Joan Font cuando afirma: “...*las energías participativas de los ciudadanos son limitadas y que hay que ser respetuoso con ellas, que cuanto más exijamos de estas energías mayor riesgo podrá existir de una participación poco representativa y que, cualquier esfuerzo deberá tener en consideración los límites de la información habitualmente disponible. A partir de todas estas consideraciones, cualquier proyecto que pretenda ampliar los espacios abiertos a la participación ciudadana debería contemplar la posibilidad de apoyar de forma simultánea varias estrategias complementarias.*”³⁶⁰

Miguel Sánchez Morón vincula el acogimiento de técnicas participativas dirigidas a proteger los derechos supraindividuales, difusos o colectivos, con la incorporación de los principios jurídicos innovadores del Estado Social y Democrático de Derecho y la consagración institucional de los derechos sociales. El concepto se acota, así, exclusivamente, a estos nuevos modos y medios de

359 CERRILLO MARTINEZ, *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005. págs.19-23.

360 FONT, Joan: *Participación ciudadana y decisiones públicas: conceptos, experiencias y metodologías*, www.urbaed.ungs.edu.ar/download/documentos/Joan%20Font%20Urbaed.doc.

conexión entre el particular y la administración. En la concepción reseñada, la participación sería un instrumento ideológico y, a la vez, práctico, que, ligado a circunstancias histórico-políticas, procura operar como remedio de las insuficiencias garantistas que ofrece la figura del derecho social en particular y el Derecho Administrativo tradicional, en general³⁶¹.

Es decir, la participación ciudadana encuentra en el Estado Social y Democrático de Derecho el mejor contexto para su desarrollo, y propone, al decir de Jordi Borja³⁶², debates sobre el valor de la democracia directa o autogestionaria, como alternativa o complemento de la democracia representativa, y sobre la democracia delegativa, en la cual la sociedad civil cede la decisión a representantes legitimados por su autoridad (técnica, económica, social).³⁶³

Se trataría, según su criterio, de “...poner al servicio de los severos problemas sociales que hoy agobian a buena parte de la población, los instrumentos más efectivos, y allí aparece la participación, no como imposición de algún sector, sino como oportunidad”.

En nuestro país, el término participación adquiere relevancia, al menos en el plano constitucional, a partir de la reforma de la Constitución Nacional realizada en el año 1994, pues en diversos Tratados relativos a Derechos Humanos que, en virtud de ella, adquirieron jerarquía constitucional limitada conforme lo dispone el artículo 75, inciso 22, de la Constitución, la locución aparece empleada con frecuencia; y es de puntualizar, asimismo, la consagración en el nuevo artículo 42 –incorporado en el Capítulo Segundo de la Primera Parte, denominado “Nuevos derechos y garantías”– de la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control de los servicios públicos.

Podríamos definir los nuevos mecanismos de participación como aquellos que crean condiciones institucionales necesarias para que la ciudadanía pueda informarse, discutir y participar en un proceso de toma de decisiones, dando los tiempos y las secuencias necesarias para que un amplio abanico de población, con perfiles y habilidades distintas, pueda participar sobre el diseño de las políticas públicas.

361 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, págs. 91,97,103,111,197.

362 BORJA, Jordi: *GOBIERNOS LOCALES, POLÍTICAS PÚBLICAS Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA*.

363 Para Giovanni Lobrano la llamada “vacuidad conceptual” que mina al par “democracia representativa” surge a partir de la calificación de democrático que hiciera Alexis de Tocqueville respecto al gobierno representativo norteamericano. Así acotaba Tocqueville: “Nuestros antepasados se sentían siempre inclinados a hacer un uso impropio de la idea de que los derechos privados deben ser respetados; nosotros, por otra parte, tendemos de forma natural a exagerar la idea de que el interés de un individuo debe ceder siempre ante el interés de los muchos”, *cfr.* Tocqueville: *La democracia en América*. Vol II, libro IV, capítulo 7. Si bien durante los siglos XVII y XVIII el liberalismo y la representación-como eje central de su modelo político-no tuvieron nada que ver con un orden político democrático ni siquiera en sus aspectos más formales, desde éste punto de inflexión la democracia y la representación se funden en un par dialéctico. “Del consciente y general rechazo de la democracia se pasa luego a un consenso general frente a ella (el uso de la palabra democracia implica ahora automáticamente un juicio aprobatorio de la sociedad o institución que describe), a precio, sin embargo, de una desvalorización tal radical del concepto, que hace vano cualquier intento de análisis, de tal manera que la más reciente iuspublicística sobre el tema aparece a menudo condicionada por esta vacuidad conceptual.”Vid. Giovanni Lobrano: *Modelo Romano y constitucionalismo modernos*. Universidad de Extremado de Colombia, 1990, pág. 49.

Esta nueva configuración de la participación, que recorre Europa, plantea una acción pública que tiene en cuenta un escenario complejo, la multiplicación de relaciones entre las Administraciones y los agentes sociales y económicos, la interdependencia de los problemas, la pluralidad irreductible de la ciudadanía, la emergencia de un espacio público, así como la necesaria articulación de la Administración en su largo proceso de modernización con la ciudadanía desde un punto de vista implicativo y deliberativo, no tan sólo como usuaria, sino también como ciudadanía activa.

Dentro de los mecanismos participativos que se desarrollan a partir de esta nueva concepción pueden distinguirse tres tipos:

Los informativos que establecen relaciones en un solo sentido, proveyendo el Gobierno información pública y poniéndola a disposición de sus ciudadanos, que no es más que una de las formas de expresión del principio republicano a través de la publicidad de los actos como medio y el secreto o reserva como excepción limitada.

Por otro lado, se encuentran los denominados mecanismos consultivos, que establecen relaciones en ambos sentidos, ya que la ciudadanía retroalimenta al gobierno, que a priori delimita la temática para exponerlos a la opinión de los ciudadanos con el objetivo de alcanzar la eficiencia en la gestión y la satisfacción del bienestar general. Ejemplo serían las encuestas de opinión pública, los grupos de discusión, los Consejos consultivos.

Y por último y como más novedosos se encuentran los mecanismos de participación activa, con relaciones basadas en la reciprocidad y asociación entre gobierno y ciudadanía, implicándola en la definición del proceso y el contenido de la formación de la voluntad política, aunque la responsabilidad de las decisiones siga siendo del Gobierno. Como ejemplo suele citarse las conferencias de consenso y los presupuestos participativos.

En este sentido, con la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA) se consagran una serie de instrumentos y mecanismos de participación propios de una democracia semidirecta y otros tantos de la democracia participativa.

Entre los primeros cabe recordar a la iniciativa popular incluida en el art. 64 y regulada por la Ley N° 40/98, lo cual permite a los ciudadanos que, una vez cumplidos ciertos requisitos, puedan presentar proyectos de ley ante la Legislatura de la Ciudad, obligando a ésta a darle el correspondiente tratamiento. Asimismo, se ha regulado la consulta popular, por medio de la cual los gobernantes pueden someter a la opinión de la ciudadanía un proyecto de ley o decisión pública (consagrada en el art. 65 y reglamentada mediante la Ley N° 163/99).

En cuanto a las herramientas directamente relacionadas con la participación ciudadana propiamente dicha, se encuentran las audiencias públicas, el acceso a la información pública, el presupuesto participativo, las reconocidas en el marco normativo de las Comunas, y otras como la educación ambiental y el acceso a la justicia respecto de materias involucradas con derechos de incidencia colectiva.

En primer lugar, las audiencias públicas se encuentran reguladas a través de la Ley N° 6/96, que las señala como la *“instancia de participación en el proceso de toma de decisión administrativa o legislativa en el cual la autoridad responsable de la misma habilita un espacio institucional para que todos aquellos que puedan verse afectados o tengan un interés particular expresen su opinión respecto de ella”* (art. 1).

Pero no resulta ocioso señalar que las opiniones de los participantes de la audiencia son de carácter consultivo y no vinculante, pero luego de finalizada la misma, la autoridad responsable de la decisión debe explicitar, en los fundamentos del acto administrativo o normativo que se sancione, de qué manera ha tomado en cuenta aquellas opiniones y, en su caso, las razones por las cuales las desestima. La sanción respecto a la falta de tal formulación deriva sin más en la nulidad del acto en cuestión.

En cuanto a los mecanismos informativos, la Constitución de la Ciudad garantiza el *“derecho a comunicarse, requerir, difundir y recibir información libremente...”* (art. 12 inc. 2), y especialmente se establece la posibilidad a toda persona de, *“...a su solo pedido, a recibir libremente información sobre el impacto que causan o pueden causar sobre el ambiente actividades públicas o privadas”*(art. 26).

Tales cuestiones se encuentran reglamentadas a través de la ley N°. 104/98³⁶⁴ de acceso a la información pública general y la ley N° 303/0015 de acceso a la información ambiental. En ambos casos, se garantiza el principio de gratuidad del acceso y la informalidad en la solicitud de información, adicionándose a la última, la posibilidad de realizarlo oralmente. La negativa por parte de las autoridades habilita a una acción judicial dónde los jueces suelen fijar multas o astreintes en cabeza del funcionario responsable.

En cuanto a los nuevos mecanismos de participación activa, se encuentra fundamentalmente el presupuesto participativo, permitiendo a la ciudadanía opinar sobre la aplicación de los fondos públicos y controlar las rendiciones de cuenta referentes a su utilización. El ciclo de debate y elaboración del Presupuesto Participativo de cada ejercicio tiene una duración total no menor a cinco meses, estableciendo numerosas instancias de participación para su desarrollo, entre las que se encuentran los Foros Promotores del Presupuesto Participativo; Asambleas de Vecindarios; Consejos Comunales del Presupuesto Participativo y *“Semana del Presupuesto Participativo: Los porteños deciden”*.

Para instituir una mayor participación ciudadana, la Constitución de la Ciudad ha previsto a las Comunas, con el objeto de descentralizar territorialmente las diversas competencias estatales en materia de gestión política y administrativa. Tanto en la Constitución como en su propia ley N° 1777/05, se crean mecanismos que permiten la participación vecinal como así también se incorporan, en su funcionamiento, herramientas ya vigentes, como la audiencia pública y el presupuesto participativo.

En cuanto a la participación de los ciudadanos en el marco de las Comunas, está eminentemente diseñada a partir del art. 34 de la mencionada ley de su creación, a través del Consejo Consultivo

364 La Ley N° 104 ha sido modificada por las Leyes N° 1391 y N° 2114, y reglamentada por los decretos N° 1646/00 y N° 1631/07.

Comunal, organismo participativo de carácter consultivo y honorario, con distinta representación, siempre asociativa.

En este sentido, las Comunas plantean un escenario propicio para la participación ciudadana, si se tiene en cuenta que precisamente las mismas se estructuran sobre los principios de participación y descentralización, siendo de su competencia exclusiva aspectos vinculados directamente con el acontecer vecinal, como así también la iniciativa legislativa y la competencia de presentar proyectos de decretos al Poder Ejecutivo de la Ciudad.

Por último, y no menos significativo, resultan los mecanismos de participación que reconoce la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires a través de las legitimaciones amplias en materia procesal, y a través de un mecanismo idóneo ante la conculcación de derechos de incidencia colectiva con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, como lo es el amparo constitucional.

Consagrado en el art. 14 de la CCABA, compone la acción judicial más completa y expedita para la tutela de los derechos de incidencia colectiva y el medio ambiente, habiendo sido reglamentado mediante la Ley N° 2145/06.

Tal como hemos mencionado, la amplia legitimación activa, es decir, a cualquier habitante y persona jurídica defensora de derechos o intereses colectivos, lo consagra en un mecanismo de participación en el control judicial de los actos estatales y su procedimiento, desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad, así como su gratuidad terminan de configurarlo como mecanismo idóneo. No se requiere, a entender de la jurisprudencia, encontrarse dentro de la categoría de los afectados, sino sencillamente cualquier habitante, tratándose de derechos de incidencia colectiva puede introducirlo como motor de control de ilegitimidades manifiestas o aún de omisiones, tal como lo ha sido, entre otros, el incumplimiento de la ley de cupos respecto a los discapacitados.

Resulta importante destacar a su vez que la Constitución de la Ciudad consagra medidas de acción directa, esto es, que la satisfacción del bienestar general resulta un deber del Estado, y no así un abanico de derechos en cabeza de los ciudadanos, lo que refuerza aún más el compromiso de la gobernabilidad que debe encontrarse respaldada con la participación de los interesados.

El eje de la vida de la ciudad debe ser el ciudadano y su opinión, no silenciada, en tanto legitima el obrar del representante y coadyuda a materializar el bienestar y felicidad de quienes la integran.

De tal manera, se reglamenta a través de mecanismos participativos el derecho fundamental al buen gobierno, si bien dicho derecho no concluye con el elemento participación, resulta sin embargo uno de los pilares fundamentales.

A su vez, como instituto local participativo es destacable lo prescripto por el artículo 63 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que establece que: *“La Legislatura, el Poder Ejecutivo o las Comunas pueden convocar a audiencia pública para debatir asuntos de interés general de la ciudad o zonal, la que debe realizarse con la presencia inexcusable de los funcionarios competentes. La convocatoria es obligatoria cuando la iniciativa cuente con la firma del medio por ciento del electorado de la*

Ciudad o zona en cuestión. También es obligatoria antes del tratamiento legislativo de proyectos de normas de edificación, planeamiento urbano, emplazamientos industriales o comerciales, o ante modificaciones de uso o dominio de bienes públicos”, así como lo establecido en los artículos 89 y 90 de la Constitución Porteña en relación con los requisitos para la sanción de la leyes que exigen un procedimiento de “doble lectura”.

En síntesis, el compromiso y participación ciudadana tienen en la actualidad el reconocimiento constitucional a través de mecanismos concretos, que lentamente, se van encaminando hacia el carácter vinculante de dicha participación.

El desafío, una vez más, se encuentra en incentivar a dicha participación, la que se verá incrementada en la medida que la misma refleje resultados concretos en la gestión del bien común.

II.- LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ROMA REPUBLICANA

Trataré de sintetizar la influencia romanística en cuanto a los orígenes de las instituciones participativas y del rol que adquiere en la tutela de los derechos de los ciudadanos, a la luz del nuevo derecho fundamental a la buena administración que de ninguna manera puede excluir la óptica de los valores, principios, derechos y garantías que la Carta Magna consagra.

Para ello se considerará el modelo de Derecho Público Romano, que articuló en su devenir histórico un conjunto de mecanismos dirigidos a garantizar la participación del *populus* en la toma de decisiones como derecho exclusivo de los *cives* (ciudadanos) romanos.

Según Fernández de Buján y Fernández, en la República romana la democracia era directa, participando el ciudadano en forma activa en la vida política, a través de las asambleas populares, siendo los *comitia tributa* los más democráticos y de mayor auge a finales de la República, dado que nacieron con carácter civil y no militar como los centuriados y por tener base territorial.³⁶⁵

El carácter democrático de la república romana ha sido desarrollado entre otros por Fergus Millar, quien dio comienzo de manera más decisiva a esta línea de interpretación, cuyo origen en realidad podría ser reconocido desde antiguo, ya que una fuente sustancial para descubrir y sostener la existencia de nuevos matices en la constitución romana procede del análisis del libro VI de Polibio.

³⁶⁶

³⁶⁵ FERNANDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio, *Derecho Público Romano*, págs.104-106, Civitas,2002.

³⁶⁶ Especialmente en su obra *The Crowd in Rome in the Late Republic*, University of Michigan Press, Ann Arbor 1998. Se establece como escenario principal el Foro, en cuanto centro neurálgico de los asuntos públicos. Los personajes concitados en torno al Foro son aquellos políticos pertenecientes a la clase gobernante tradicional —nobles incluso— y al *populus* en su representación más pública. Y la modalidad más destacada que cifra esta compleja relación son las *contiones* y, en menor medida, los *comitia*.

Tal como lo ha destacado muy apropiadamente Di Pietro³⁶⁷, en la Roma antigua el *populus* estaba compuesto por aquellos que se juntaban para decidir lo que “concernía a todos”. Y aquí se encuentra el punto esencial de la discusión, pues si nosotros hacemos el ejercicio de modificar el concepto hacia la dirección indicada, incluso aquella definición de Ulpiano contenido en D. 1,1,1,2³⁶⁸ y referido al *ius publicum* cobra un sentido muy diferente: no se trata de buscar una vinculación con el “Estado Romano”, por lo demás inexistente, ni referirse exclusivamente a las normas de lo que hoy denominaríamos organización política, sino de concebir un nexo con un elemento distinto que permitiría expresar este párrafo como: “*Ius publicum es aquello que se refiere a la situación (status) de las cosas que conciernen a todos*”;

A su vez, Cicerón al definir la república como “*lo que pertenece al pueblo*” nos da las notas características de lo que el *populus romanus* implica: “*pueblo no es todo conjunto de hombres reunidos de cualquier manera, sino el conjunto de una multitud asociada por un mismo derecho que sirve a todos por igual*” (de rep. I, 25,39).

Tal como lo señala el Profesor Rinaldi, citando la obra de Pierangelo Catalano, el pueblo romano no constituía una abstracción, sino el resultado de la concreta sumatoria de los ciudadanos cuya soberanía era absolutamente indelegable, de la misma manera que hoy es indelegable el sufragio.

En palabras de Fernández Bulté (...) *tanto en Atenas como en Roma se articuló un modelo de organización política genuinamente democrático (...) Por el contrario la burguesía liberal ni fijó jamás esos límites ni ha alcanzado jamás un mecanismo participativo de poder del nivel y pureza del que tuvieron los antiguos*”; afirmando que el poder político del pueblo romano era indiviso, indelegable e intransferible.³⁶⁹

En Roma el equilibrio entre poderes desde el surgimiento de la república fue permanente, estableciéndose lazos y controles que a veces impiden identificar bien cuál fue el sistema político de la república romana, esto es, el sistema político coincidente con alguno de los existentes en su época y que Polibio (6,5) consagró como constitución mixta: si nos fijamos en el poder de los magistrados, parece una monarquía, si en el poder del Senado, una aristocracia; si nos fijamos en el poder de las asambleas populares, una democracia, planteamiento que sigue Cicerón frente al sistema dual que propone Salustio basado en la *auctoritas* del Senado frente a la *vis* o *potestas* del *populus*³⁷⁰. Por otra parte esta división tripartita de la que la mayoría no se aparta, parece quebrarse si se piensa en el caso del Tribuno de la Plebe, caracterizado como la expresión más pura del antipoder.³⁷¹

Cuando Polibio de Megalopolis trataba de caracterizar los elementos que definen a una verdadera democracia, aludía, en la definición que daba de la constitución aquea, a la “*igualdad y libertad de palabra*” (ἰσηγορία και παρρησία: 11,38,6). De tal manera, el acceso de todos los ciudadanos a las funciones deliberadoras es el criterio básico que define un régimen democrático, y fundamentalmente su sustrato de consenso

367 DI PIETRO, Alfredo, “*Res publicae*”, en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, 18 (1996), págs.17 y ss.

368 “*Publicum ius est, quod ad statum rei Romanum spectat*”.

369 FERNANDEZ BULTE, Julio: *Historia de las ideas políticas y jurídicas*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1978

370 TORRENT. *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*. Zaragoza. Edisofer-2002

371 LOBRANO, Giovanni, *Il Potere dei Tribuni Della Plebe*”, Dott. A. Giuffrè Editore, 1983, pág.109.

Como máxima de esa realidad política, en el tiempo republicano encontramos la participación activa en los comicios o en los concilios de la plebe donde se decidía, con carácter vinculante, tanto la creación de las leyes como la elección de los magistrados romanos, fundamentalmente. No obstante la limitada titularidad de sujetos políticos con derecho de participación en el proceso de formación de la ley, Roma y su Derecho establecieron procederes efectivos de intervención popular en los espacios decisorios de poder.

En la tradición constitucional romano-republicana la *lex* pública expresa la *voluntas populi*, manifestada formalmente mediante votación en ejercicio del *ius suffragii* por parte de los ciudadanos; puede, en consecuencia, aceptarse para la época republicana la definición jurisprudencial posterior de la *lex publica* como *quod populus iubet atque constitui*³⁷² La necesidad del *iussum populi* sustrae a la *lex* pública del ámbito del *imperium* del magistrado, de modo que sólo en virtud de una habilitación del *populus* (*legibus scribundis*) puede ejercer directamente la potestad legislativa.

Ahora bien, la ley comicial es, en realidad, el resultado de un procedimiento de colaboración institucional: la presentación de la iniciativa legislativa corresponde conjuntamente a los cónsules, pero requiere hasta cierto tiempo la aprobación del Senado³⁷³, la discusión del proyecto en una reunión informal (*contio*) del *populus* presidida por el magistrado proponente y la votación del texto como *rogatio* a la asamblea comicial; al igual que el procedimiento para la elección de los magistrados, también el de la aprobación de las leyes está sujeto al control aural.

Para De Martino³⁷⁴ el momento en el que el pueblo se convierte en órgano de la constitución por primera vez, es en su participación en la ceremonia jurídico-religiosa de la aprobación de la primitiva *lex curiata* de imperio.

Por lo tanto, una de las formas más efectivas de participación era sin duda la posibilidad de intervenir en el proceso de formación de la *lex* durante la etapa de la *promulgatio*.

El proyecto era dado a conocer por el magistrado proponente al pueblo (*promulgatio*) exponiéndolo en tablas de madera o bronce en lugar público: asimismo debía fijar la fecha de la votación en los comicios a los cuales hubiere sido presentada la ley, debiendo transcurrir no menos de veinticuatro días desde la promulgación. Este plazo que al principio fue mera costumbre se hizo después obligatorio con la *lex caecilia didia* de 98 a.C, que a su vez consagró la prohibición de *leges saturae*, es decir *leges* que comprendieran en la *rogatio* varias disposiciones diferentes. Se trataba así de evitar prácticas viciosas que mezclaban diversos proyectos de ley tanto favorables como desfavorables al *populus* con la esperanza que se votaran conjuntamente.

Esto demuestra el interés del romano en otorgarle al proyecto la legitimación del *populus*, asegurando su acceso a la información y la transparencia de lo propuesto y de tal manera, una *lex* aceptada y debatida previamente sería sin dudas una *lex* con sustantivo cumplimiento, consensuada.

372 Gai. 1, 3; D. 1, 3, 32, 3 (Juliano)

373 La *lex Publilia Philonis* (339 a.C.) estableció la anteposición de la *auctoritas patrum* en el procedimiento legislativo comicial (Liv. 8, 12, 15), sustituyendo así la práctica anterior de ratificación senatorial de la ley aprobada por la asamblea comicial; Liv. 8, 12, 15

374 DE MARTINO, F. (1973). *Storia della costituzione romana*. Nápoles. Jovene. pág. 158 T.I

Los principales debates tenían lugar en el contexto de las llamadas *contiones*, una forma de asamblea que se convocaba para escuchar discursos y en la que no se votaba, aunque frecuentemente los discursos trataban de temas que posteriormente serían votados en las asambleas regulares (Pina Polo-1995).

Para tener noción de la entidad de tal instituto podemos citar a Salustio, que describe la reacción popular ante el veto de un tribuno en una asamblea de la plebe: “*la multitud que estaba presente en la reunión se agitó violentamente e intentó intimidar al tribuno con sus gritos, su expresión, con empujones, y cualquier otro tipo de acción a la que eran incitados por la ira*” (Salust. *Yug.* 34.1).

Esa forma indirecta de participación de los ciudadanos, como observadores e interlocutores vocales y gestuales, era importante para los miembros de la elite romana que tomaban buena cuenta de las respuestas de la audiencia a los discursos de los oradores en las asambleas y, especialmente, en las *contiones*.

La importancia de la opinión popular en la contiones es destacada por Cicerón, entre otros en *De Lege Agraria*, muy particularmente cuando al desafiar a Rullus ante la reforma, coloca al *populus* romano como árbitro.³⁷⁵

La *contio* era convocada por un magistrado, frecuentemente un tribuno de la plebe, un cónsul, o un pretor que gozaban del *ius agendi cum populo*. La característica que fundamentalmente diferenciaba a la *contio* de otras asambleas populares es que no tenía poder formal. Podía ser una reunión puramente informativa, sobre batallas o sobre emergencias que afectaban a la comunidad (Livio 39.15.6), o podía tener un papel esencial en la presentación de nuevas leyes.

Antes de que se presentasen ante las asambleas formales para su votación, las propuestas eran discutidas en las *contiones* que actuaban como instrumento esencial de información para la ciudadanía. También ejercían una función de un cierto control sobre los magistrados.

No eran obligatorias para el magistrado, de allí que Cicerón se refiera a *potestas contionandi* y no al *ius contionandi*.³⁷⁶

En su primera *contio* después de asumir un cargo, los magistrados superiores no solo agradecían al Pueblo su elección sino que indicaban como administrarían su magistratura; los pretores sobre todo describían como dispensarían justicia. Al final de su mandato, los magistrados, incluyendo los cónsules, juraban en otra *contio* que habían llevado a cabo su función de acuerdo a las leyes.

375 Cic. Leg. Agr. l. 2] *Errastis, Rulle, vehementer et tu et non nulli conlegae tui qui sperastis vos contra consulem veritate, non ostentatione popularem posse in evertenda re publica populares existimari. Lacesso vos, in contionem voco, populo Romano disceptatore uti volo. Etenim, ut circumspiciamus omnia quae populo grata atque iucunda sunt, nihil tam populare quam pacem, quam concordiam, quam otium reperiemus. Sollicitam mihi civitatem suspicione, suspensam metu, perturbatam vestris legibus et contionibus et deductionibus tradidistis; spem improbis ostendistis, timorem bonis inieicistis, fidem de foro, dignitatem de re publica sustulistis.*

376 Cic., *fam.*, V 2,7; *leg. agr.*, II 91

En principio, el acceso a este tipo de asambleas de debate estaba abierto a todos los ciudadanos que quisieran participar. Se reunían en el Foro, un escenario cargado de memoria histórica, a través de los monumentos y esculturas que se habían ido acumulando durante generaciones y el magistrado que convocaba la reunión la presidía, y actuaba como orador, junto a otros oradores que eran invitados a participar y que podían ser otros magistrados y, más raramente, ciudadanos.

Así, la *contio*, lugar de encuentro entre los líderes políticos y el pueblo representaba el punto de encuentro de las dos entidades que conjuntamente constituían el consenso ‘idealizado’ de la República es decir, el orden senatorial y el pueblo romano.

A la luz de estos planteamientos, en especial al desprenderse del lastre que suponía ver la práctica política como una mera lucha de familias o facciones nobiliarias sustentada en relaciones rígidas, ha cobrado paulatinamente un mayor peso específico en la historiografía la participación popular, tanto en su vertiente de participación institucional a través de las asambleas decisorias y no decisorias, como en la de la movilización, violenta o no, entendida como factor que podía influir en mayor o menor medida en la política romana.

El mismo hecho de que el período tardo republicano sea probablemente uno de los más floridos de la oratoria romana y que ésta tenga como una de sus facetas destacadas la elocuencia frente al *populus* indica que la persuasión tenía importancia y que, por consiguiente, lograr el apoyo popular no era visto como algo irrelevante.

Y a su vez, el análisis de tales antecedentes permite concluir que las instituciones democráticamente legitimadas que actúan según los principios del Estado Social y Democrático de Derecho, como nueva expresión del Estado Constitucional, se centran en los ciudadanos.

III.- CONCLUSIONES

La idea de participación ciudadana nos lleva a replantearnos el antiguo problema de las características de las modernas democracias occidentales. Y al hacerlo así constatamos cuánto difiere la realidad actual de los esquemas del liberalismo clásico en los que aún se sustenta buena parte de la reflexión sobre el Derecho público.

Es decir, la base de toda la construcción liberal, que no es otra que la separación radical y ontológica entre Estado y Sociedad, entre individuo y ciudadano, si en algún momento histórico llegó a tener una cierta virtualidad práctica, al menos como línea de tendencia ideológica, hoy en día es pura y simplemente insostenible, pues lejos de existir una autonomía sustancial entre el mundo de lo político y de lo social, una y otra esfera se interpenetran de forma cada vez más profunda y compleja.

El aporte del Derecho Romano resulta sustantivo para entender las raíces jurídicas y sociológicas de los institutos participativos, con especial referencia a la audiencia pública.

La actuación y la capacidad de integración social de los parlamentos, los gobiernos, las autoridades administrativas, los tribunales y otros titulares de poder público depende no solo de las personas que los lideren y que les den vida, sino de la participación activa de los destinatarios de sus actos, bajo la conciencia de que las instituciones no cumplen un fin en sí, sino que existen en beneficio de las personas tal como se entendía el concepto de *respublicae*.

Tales instituciones sirven a la sociedad, la que debe inmiscuirse en los asuntos reviviendo el antiguo concepto de lo público y de tal manera hacer efectivo el derecho fundamental al buen gobierno.

En la formulación del “derecho a una buena administración” del art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se contienen abundantes referencias a los derechos de los ciudadanos en el seno de un procedimiento administrativo. En este sentido se dispone en el apartado 2º del citado precepto que el “derecho a una buena administración” “incluye en particular”:

- a) el *derecho de toda persona a ser oída* antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente;
- b) el *derecho de toda persona a acceder al expediente* que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;
- c) la obligación que incumbe a la administración de *motivar sus decisiones*.

En particular para nuestra región el Código Iberoamericano de Buen Gobierno consagra en su Punto I.4.:”... *Se entiende por buen gobierno aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho.*”.

Esto ha sido una eterna preocupación de la humanidad, el límite al poder y el ejercicio de ese poder en función de los derechos a través de las estructuras de Gobierno, lo que entiendo puede resumirse en palabras de Solón de Atenas y a través de un poema sobre la EUNOMÍA (Buen Gobierno):

Mi corazón me impulsa a enseñarles a los atenienses esto: que muchísimas desdichas procura a la ciudad el mal gobierno, y que el bueno lo deja todo en buen orden y equilibrio, y a menudo apresa a los injustos con cepos y grillos; alisa asperezas, detiene el exceso, y borra el abuso, y seca los brotes de un progresivo desastre, endereza sentencias torcidas, suaviza los actos soberbios, y hace que cesen los ánimos de discordia civil, y calma la ira de la funesta disputa, y con Buen Gobierno todos los asuntos humanos son rectos y ecuanímes.³⁷⁷

377 POESÍA DE SOLÓN DE ATENAS (600 a.C) SOBRE LA EUNOMÍA (BUEN GOBIERNO)

EL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA: DEL PRETOR AL JUEZ DEL SIGLO XXI

Por Gabriela Victoria Morel

Gabriela Victoria Morel es abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires. Maestrando de la carrera de Derecho Administrativo y Administración Pública de la UBA. Docente en la facultad de derecho de la UBA, categoría: ayudante de segunda de la materia: Derecho Romano, cátedra: Alvarez, Mirta. gabrielamorel@derecho.uba.ar; gabrielavictoria.morel@gmail.com.ar

Resumen

En el presente trabajo indicaremos los cambios en los que se ha visto envuelta la función judicial, llegando a este siglo marcado por la entronización del juez como protagonista.

En este sentido, el principio *iura novit curia* se presenta como una facultad-deber que encuentra sus orígenes en el derecho romano, y que en la actualidad se ha visto enaltecido por el conjunto de derechos que han sido incorporados al bloque de constitucionalidad federal, después de la reforma de 1994.

El deber de hacer cumplir los preceptos constitucionales y los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos, ha significado que el juez se encuentre ante la función de crear soluciones innovativas para los casos concretos.

Ante este cambio de paradigma es necesario remontarnos a nuestros orígenes y recurrir a figuras jurídicas conocidas como el pretor romano. Magistrado que en base a su *iuris dictio* creó derecho y encontró soluciones para la sociedad de la época basadas en la equidad. Pues, su conocimiento de la realidad social, económica y política que lo circundaba le permitió encontrar las soluciones jurídicas que le otorguen vida y dinamismo al *ius civile*

I. El principio *iura novit curia*:

El principio *iura novit curia* encuentra su antecedente más lejano en la función del pretor, cuando en la etapa *in iure* del procedimiento formulario³⁷⁸, luego de escuchar al actor y al demandado, decidía sobre el otorgamiento (*datio actionis*) o denegación (*denegatio actionis*) de la acción solicitada por el actor (*postulatio actionis*).

Tal decisión dependía de que lo solicitado se ajustara a lo prescripto en alguna de las acciones que figuraban en el Edicto, situación en la que el pretor concedía la acción o la rechazaba si por el contrario no se hallaba en él. Aunque en este último caso, si consideraba que lo pedido por el actor merecía amparo y protección jurídica podía otorgar la acción para el caso concreto (*actio in factum*), basándose en razones de equidad y en el hecho ocurrido, mas no en el derecho civil (*ius*).³⁷⁹

Así mediante el decreto *iudicium dare* determinaba en la fórmula todas las cuestiones que serían disputadas y el *iudex* que intervendría en la segunda etapa del proceso (*apud iudicem*).

Algunos autores, por el contrario, sostienen que este principio encuentra su origen o explicitación en el exceso verbal de un juez, quien, exhausto ante las extensas y sobreabundantes disquisiciones jurídicas de un litigante, le expresó violentamente decime los hechos que yo juez conozco el derecho “*Venite ad factum. Curia iura novit*”.

Si bien existen disquisiciones en cuanto a como debiera ser la traducción o expresión en latín, lo cierto es que ha llegado a nuestros días y se define como la potestad del juez de decir el derecho más allá de la invocación que hayan realizado las partes.

Es un principio que se constituye como una facultad y un deber al mismo tiempo, pues, es obligación del juez mantener la jerarquía normativa de nuestro orden jurídico y examinar que la situación planteada encuentre una solución conforme el texto de la Constitución Nacional. Así lo ha establecido nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosas sentencias (Fallos: 33:162, 194; 324:3219).

Como vemos, este principio posee dos aristas, por un lado la posibilidad del magistrado de apartarse de lo que han dicho las partes, por el otro, el deber de encontrar una solución al caso conforme el texto de la Constitución Nacional, erigiéndose aquí más que como una posibilidad o facultad, un deber ineluctable de su función.

378 Este procedimiento encuentra su origen en las causas entre un ciudadano romano y un extranjero o entre extranjeros, las cuales debían ser presentadas ante el pretor peregrino, juicios en los cuales no se podía recurrir a las *legis actiones*. A mediados del siglo II a. C., entre el 149 y el 130 apareció la *Lex Aebutia*, extendiendo el procedimiento a causas entre ciudadanos romanos, convirtiéndolo en un procedimiento propio del *ius civile*.

379 Di Pietro, Alfredo, *Derecho Privado Romano* (Buenos Aires: Ed. Depalma, 1999), págs. 57-58.

II. Cambios en el rol del juez:

Si bien el deber de preservar el valor de la Constitución Nacional ha sido el objetivo rector y función primordial que pesa sobre el poder judicial,³⁸⁰ con el correr de los años ha variado el modo en que ha sido ejercida esta atribución.

Pues, con el fenómeno de la *codificación* en el siglo XVIII y parte del siglo XIX se llegó a pretender que el derecho se agotaba en la sola expresión de la ley, de esta forma el Juez no tendría más remedio, en palabras de Montesquieu, que ser “*la boca inanimada que pronuncia las palabras de la ley*”,³⁸¹ y como tal, una voz pasiva dentro de su contexto real-social. Bastaba adecuar el hecho a la norma para obtener una solución rápida y eficaz.

Desde un esquema positivista, la tarea de interpretación consistía en una mera operación lógica de subsunción antes que un razonamiento práctico imbuido de valores.

Sin embargo, la crisis posterior de la codificación, desenvuelta de diversas maneras a través del siglo XX, generó una modificación del desempeño judicial, contribuyendo a ampliar el actuar de los magistrados.³⁸²

Se ha dicho que así como el siglo XIX fue considerado “el siglo de los Parlamentos” y el siglo XX el de la “preponderancia del Ejecutivo”, el siglo XXI se ha convertido en la “era de los jueces”.³⁸³

Luigi Ferrajoli sostiene que han existido tres paradigmas de derecho.³⁸⁴ El primero lo titula Derecho Premoderno, caracterizado por la pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes, como el Imperio, la Iglesia, príncipes, municipios y corporaciones, de las cuales ninguna contaba con el monopolio de la producción jurídica. Un segundo paradigma, denominado Estado legislativo de Derecho y Positivismo Jurídico, que se caracteriza por el monopolio estatal de la producción jurídica; donde el principio de legalidad, se erige como norma de reconocimiento del derecho válido y existente. En este paradigma la norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido “puesta” por una autoridad dotada de competencia normativa. Aquí, conforme sostiene este autor nace el Estado de Derecho moderno con la forma de *Estado Legislativo de Derecho*.

Sin embargo, en la actualidad nos encontramos en un tercer paradigma, denominado Estado Constitucional de Derecho y Constitucionalismo rígido, propio de este último medio siglo, donde cambian las condiciones de validez de las leyes, y es el contenido de la ley lo que debe guardar

380 La Constitución Nacional establece en el artículo 116, antiguo artículo 100: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de **todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución**, y por las leyes de la Nación (...)”

381 Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* (Madrid: Ed. Tecnos, 1984), pág. 100.

382 Ciuro Caldani, Miguel Angel, “Reflexiones sobre el papel del juez en la cultura occidental (con especial referencia a la Argentina actual)”, disponible en <http://www.argenjus.org.ar/index.php?PN=publicaciones>

383 Maraniello, Patricio Alejandro, “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”, *Pensar en Derecho*, Vol. Nº 1, año 1 (2012), pág. 127.

384 Ferrajoli, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en *Neoconstitucionalismos*, editado por Miguel Carbonell (Madrid: Ed. Trotta, 2009), págs. 13-29.

coherencia con los principios constitucionales, además de adecuarse a los procedimientos y formas de producción.

Es decir, se supera la disociación de la justicia, y ahora una norma formalmente válida y por ende vigente puede ser sustancialmente inválida por el contraste de su contenido con normas constitucionales.

Este control de constitucionalidad que como ha sido mencionado al inicio de este apartado, es propio de la función del poder judicial, en estos últimos años se ha visto enriquecido en Argentina por el conjunto de normas que han sido incorporadas en la reforma constitucional efectuada en 1994 que produjo cambios en no solo en la aplicación e interpretación del derecho sino también en el rol del juez.

Así, mediante el artículo 75, inc. 22 una serie de Tratados de Derechos Humanos³⁸⁵, no solo forman parte de nuestro ordenamiento jurídico sino que poseen la más alta jerarquía y deben ser aplicados conforme *las condiciones de su vigencia*, esto es, conforme han sido ratificados por el Estado Nacional pero también, conforme la interpretación que al respecto hagan de ellos los organismos internacionales.³⁸⁶

De este modo, han sido establecidos parámetros jurídico-axiológicos, que entronan la dignidad humana como centro de todos los derechos, junto al derecho a la vida, la salud y la gama de normas fundamentales que se desprenden de ellos.

La discusión en cuanto a si son operativos o programáticos se encuentra zanjada, mas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en consonancia con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho que son exigibles y justiciables si han sido violados.³⁸⁷

En este sentido, la protección de los derechos fundamentales está inescindiblemente unida la tutela judicial oportuna y efectiva, la cual requiere de procedimientos urgentes o cautelares y medidas conservativas o innovativas.³⁸⁸

Es decir, para proteger estos derechos y asegurar su cumplimiento o efectividad, el juez no se puede

385 Los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional son: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño. Aprobados y elevados a este rango posteriormente a la reforma constitucional: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

386 Gelli, María Angelica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada* (Buenos Aires: La Ley, 2011), págs. 221-224.

387 CSJN, 328:2056.

388 CSJN: G. 589. XLVII; RHE; 22-05-2012.

limitar adecuar el hecho a la norma, realizando una mera operación lógica de subsunción.

Es aquí donde el principio *iura novit curia* adquiere un nuevo tinte e impone un rol más activo al juez, donde la defensa de la Constitución Nacional implica en muchos casos soluciones creativas e innovadores que tienen como efectos no solo la generación de precedentes judiciales que pueden ser seguidos por otros magistrados, sino también en la legislación, en el actuar de la administración y hasta en la sociedad misma.³⁸⁹

El fundamento de estas normas, su validez y legitimidad ya no responde tanto a la autoridad y el respeto de los mecanismos establecidos para su creación sino a la justicia de su contenido y adecuación a los derechos humanos fundamentales. Claramente nos encontramos ante una vuelta al *iusnaturalismo* pero expresado no como contradicción al positivismo jurídico, sino como necesariamente complementario.

III. El pretor romano:

Este cambio de paradigma, nos enfrenta a un momento donde la función judicial se ve intrínsecamente modificada, en pleno auge y proceso de definiciones, que a su vez nos va definiendo como operadores del derecho. Situación que produce la incertidumbre e inestabilidad propia de los cambios, al no contar con bases sólidas que nos otorguen la seguridad de lo conocido.

Es en estos tiempos cuando resulta necesario, y aquí se presenta la propuesta o aporte de este trabajo a partir del derecho romano, de remitirnos a nuestros orígenes jurídico-filosóficos, de remitirnos ante este cambio del rol del juez, a nuestro antiguo pretor romano.

El pretor ejercía su función teniendo como principios rectores la equidad y la justicia; de este modo creó derecho y estableció soluciones jurídicas innovadoras llenando los vacíos o las imprevisiones del *ius civile*.

Con la actividad jurisdiccional del pretor urbano, se fue creando un derecho que ha sido conocido como derecho pretorio u honorario, y que transformó ampliamente la aplicación práctica del derecho privado. La denominación más técnica y más general es *ius honorarium* e indica su conexión con la autoridad de los magistrados.³⁹⁰

Mediante su poder o *imperium de iurisdictio*, proponía una regla de derecho.³⁹¹ Los atributos de esta *potestas* se resumen en *dare*, estos es dar un juez a las partes; *dicere*, publicar una regla general en un

389 Bergallo, Paola, "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", Trabajo presentado en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), 2005, disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/justicia-y-experimentalismo-la-funcion-remedial-del-poder-judicial-en-el-litigio-de-derecho-publico-en-argentina-paola-begallo.pdf>

390 Petit, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano* (México: Ed. Porrúa, 1999), pág. 613.

391 Torrent, Armando, *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes* (Zaragoza: Edisofer, 2008), pág. 175-179.

edicto, o regular una contienda por un interdicto y *adiccere*, reconocer un derecho en beneficio de una parte.³⁹²

Bonfante define al pretor como el juez de la justicia que mediante la creación de fórmulas útiles, ficticias, *in factum* amplió el campo de las relaciones jurídicas. Pues, a través de innovaciones pudo darle un cauce a las necesidades sociales de la época.³⁹³

En este aspecto, la actividad del pretor se manifestó en la época clásica mediante dos formas fundamentales: los decretos y los edictos. El primero refiere a disposiciones que se encontraban enderezadas a disciplinar un caso concreto. Los edictos, por su parte, eran ordenanzas normativas de carácter general que regulaban toda una categoría abstracta de posibles casos. En el foro, a la faz del pueblo, el magistrado sentado en su *tribunal* o silla de magistratura, ejercía su jurisdicción, y posteriormente, se construyeron pretorios, que eran unos edificios destinados para la administración de justicia; pero conservándose siempre la publicidad.³⁹⁴

El pretor en su libertad de decisión estaba autorizado a seguir valoraciones y exigencias de la justicia social o equidad. Y de esta forma de acuerdo a la sensibilidad, las creencias y las ideas de la época, las soluciones jurídicas propuestas encontraron su validez por la justicia intrínseca de sus contenidos.

Así, creó reglas de derecho cuando rechazaba las acciones surgidas de ciertos negocios formalmente válidos, pero viciados, sustancialmente, por haber sido realizados, por ejemplo, con violencia o por haberse celebrado con detrimento de menores de edad (*in integrum restitutio*); en materia de sucesiones, a falta de testamento, hizo que sucediesen juntamente con los hijos que habían permanecido bajo la potestad del causante hasta la muerte de éste cuantos habían sido emancipados antes del óbito; que cuando no existieran parientes por línea masculina (*adgnati*) se llamasen a los de línea femenina (*cognati*); que tuviesen un recíproco derecho de sucesión marido y mujer; quiso que a cierta clase de sucesores, por ejemplo, a los patronos en relación a los libertos fallecidos sin descendencia, les fuese reservada una parte, incluso si el causante había hecho testamento olvidándose de ello. Con este objeto el pretor atribuye a las personas comprendidas en las categorías por él establecidas, una posesión de bienes que, habiendo sido temporal en un principio y destinada a cesar ante la acción directa del heredero civil, terminó siendo, en muchos casos, protegida aun contra el derecho civil. Asimismo, también incurrió en el ámbito de las obligaciones, la mancipatio de los esclavos, entre otras áreas del derecho.³⁹⁵

El pretor romano creó instituciones jurídicas y dio forma al derecho honorario, creando un *ius* paralelo que tenía como fin primordial hallar soluciones de equidad para los casos que debían ser resueltos, lo que permitió que el *ius honorarium* sea llamado la voz viva del derecho civil.³⁹⁶ Pues, lo ayudó (*adiuvandi gratia*), suplió (*supplendi gratia*), y corrigió (*corrighendi gratia*).³⁹⁷

392 Arangio Ruiz, *Historia del Derecho Romano* (Madrid: Ed. Reus, 1943), pág. 183.

393 Bonfante, *Storia del Diritto romano*, pág. 281. Citado por: Dassen, Julio, "De la "jurisdicción" del pretor al abuso del derecho", *Revista Jurídica de Buenos Aires* vol. 3/4 (1960), pág. 163-164.

394 Ortolan, M. *Compendio del Derecho Romano* (Argentina: 1978), págs. 163-164.

395 Arangio Ruiz, *Historia del Derecho Romano*, págs. 185, 199-200.

396 Marc., D.1.1.8

397 Papin., D.1.1.7.7

IV. Conclusiones

El principio *iura novit curia* encuentra su origen en el derecho romano, y en la actualidad se presenta como facultad-deber, pues, el juez puede apartarse de lo aducido por las partes y a su vez tiene el deber de hacer prevalecer la Constitución Nacional ante cualquier caso de violación ya sea por acción u omisión.

Con la reforma constitucional de 1994 fueron incorporados al bloque constitucional federal una serie de tratados de derechos humanos que han modificado la función del juez, pues lo colocan en un rol más activo frente a los casos llevados ante los tribunales.

El juez ya no se define como la *boca de la ley* sino que debe encontrar soluciones a los casos que respondan a las normas supranacionales fundamentales que permiten que una persona sea considerada como tal.

De este modo se han expedido y lo hacen cotidianamente sobre derechos de medio ambiente,³⁹⁸ salud,³⁹⁹ vivienda⁴⁰⁰, dignidad humana⁴⁰¹, entre otros. Hallando soluciones que no se encuentran explicitadas en las normas pero que tienen como fin operativizar los derechos fundamentales.

Claramente, nos encontramos ante un cambio de paradigma que nos coloca en una situación de incertidumbre y desasosiego que puede ser combatida recurriendo a figuras jurídicas conocidas, como es el caso del pretor romano.

Quien en base a sus decisiones en el caso concreto creó soluciones jurídicas que le dieron dinamismo al *ius civile*, y permitieron su adaptación en base a la equidad y justicia.

Hoy estamos ante una realidad similar donde el juez se encuentra frente al deber de crear soluciones en los casos concretos, pues, así lo exige el cumplimiento de las normas de nuestra más alta jerarquía normativa. Sin embargo, no recurre al valor justicia como lo hacía el pretor sino que tan sólo debe inclinarse hacia el respeto y cumplimiento de los derechos mínimos e indispensables de todo ser humano, hacia los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos; lo que demuestra una superación de la dicotomía entre positivismo y *ius naturalismo*.

Como vemos, el juez hoy debe volver a sus fuentes y asimilarse al antiguo pretor, que como bien lo definió Arangio Ruiz: "*fue político, culto y supo entender la conexión entre los aspectos políticos y sociales de cuantas relaciones se ofrecían a su examen*".⁴⁰²

398 CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)", (332:2522).

399 CSJN, "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986", (323:1339).

400 CSJN, "Q. C., S. Y c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", (Q. 64. XLVI; RHE).

401 CSJN, "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", (328:1146).

402 Arangio Ruiz, *Historia del Derecho Romano*, págs. 157.

BIBLIOGRAFIA

Bergallo, P. (2005). "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público e-n Argentina", Trabajo presentado en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/justicia-y-experimentalismo-la-funcion-remedial-del-poder-judicial-en-el-litigio-de-derecho-publico-en-argentina-paola-begallo.pdf>

Ciuro Caldani, M. () "Reflexiones sobre el papel del juez en la cultura occidental (con especial referencia a la Argentina actual)", disponible en: <http://www.argenjus.org.ar/index.php?PN=publicaciones>

Dassen, J. (1960) "De la "iurisdictio" del pretor al abuso del derecho", Revista Jurídica de Buenos Aires, vol. 3/4, pág. 159-182, 1960.

Di Pietro, A. (1999) *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Ed. Depalma.

Ferrajoli, L. (2003) "Pasado y Futuro del Estado de Derecho", en *Neoconstitucionalismos*, editado por Miguel Carbonell, Madrid, Ed. Trotta, págs. 13-29, 2009.

Gayo. () *Institutas, traducido, notas e introducción por Alfredo di Pietro*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1997.

Gelli, M. (2004), *Constitución de la Nación Argentina*, comentada y concordada, Buenos Aires, La Ley, 2011.

Maraniello, P. (2012) "El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional", *Pensar en Derecho*, Vol. 1, año 1, Págs. 121- 165, 2012.

Montesquieu. (1748) *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Ed. Tecnos, 1984.

Ortolan, M. () *Compendio del Derecho Romano*, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L, 1978.

Petit, E. (1963) *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México, Ed. Porrúa, 1999.

Schiavone, A. (2009) *Ius: La invención del derecho en Occidente*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editoria, 2012

Torrent, A. (2002) *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*, Zaragoza, Edisofer, 2008.

FIDES ROMANA Y PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por Marilina Andrea Miceli.-⁴⁰³

Leticia Inés Nuñez.-⁴⁰⁴

Claudio Raúl Cuellar.-⁴⁰⁵

Resumen

En la presente comunicación nos proponemos abordar el principio de buena fe partiendo del artículo 9 del Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, que manifiesta: *los derechos deben ser ejercidos de buena fe.*, en ningún lugar de la normativa proyectada, ni en artículos posteriores, se conceptualiza el instituto que positivamente se menciona, librado así su contenido, en un contexto cambiante, se genera un vacío jurídico que tiende a desnaturalizarlo en lo esencial.-

Nuestro enfoque interdisciplinario, concluye en la clara necesidad de ampliar expresamente el contenido de la norma estipulada en el proyecto de reforma, transformando el principio normativo de fuente remota del derecho a fuente inmediata, de aplicación.-

II. Introducción

En la presente comunicación nos proponemos abordar el principio de buena fe⁴⁰⁶, partiendo del artículo 9 del Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, que manifiesta: *los derechos deben ser ejercidos de buena fe.*-

Lamentablemente en ningún lugar de la normativa proyectada se conceptualiza el instituto que positivamente se menciona, quedando bajo la libre interpretación como supuesto base.-

403 Profesora de Derecho Romano, Facultad de Derecho UBA y UAI – Profesora en UAJFK y UCES.-

404 Profesora de Derecho Romano, Facultad de Derecho UBA y UAI.-

405 Auxiliar alumno UAI – Cátedra a cargo del Dr. R. García – Curso a cargo de la Prof. Marilina Miceli.-

406 Oportunamente, el Dr. Marcos Córdoba ha sostenido, en su *Tratado de Buena fe en el Derecho*, que “se trata de resaltar valores rectores de las conductas históricamente consideradas como valiosas e inmovibles. Existen principios generales del derecho que en ninguna circunstancia admiten restricción, y es ese orden de ideas que reconocemos como principio rector de los principios generales del derecho al de la buena fe”.

Librado así su contenido, en un contexto cambiante, se genera un vacío jurídico o laguna del derecho que, por otro lado, no se subsana ni en los artículos siguientes ni en “Fundamentos” (§6.2; §6.3 y §6.4).-

En el presente trabajo partimos, del abordaje axiológico de la buena fe tal como se desprende de la *fides* romana por ser antecedente de nuestro sistema jurídico actual, con el objetivo de dejar en evidencia que, pese a la tendencia imperante de forjar un código “latinoamericanista” y/o “multicultural”, no se puede prescindir de la noción elemental romanista, pues es parte esencial del instituto que aquí se analiza.-

Nuestro enfoque interdisciplinario, filo-axiológico y jurídico concluye en la clara necesidad de ampliar expresamente el contenido de la norma estipulada en el anteproyecto de reforma, transformando el principio normativo de fuente remota del derecho a fuente inmediata, incluyendo su conceptualización ya sea dentro del Art. 9 o concordantes o en cita o nota que exprese en el texto la ontogénesis del principio general.-

III.- La *fides*: conceptualización y filología.-

Para comenzar, antes de adentrarnos en el estudio del principio de la buena fe en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación y en nuestro derecho actual, debemos analizar primeramente el origen del término *fides*, entendido como principio rector fundamental del Derecho Romano.

Desde el punto de vista etimológico *Fides* significa: FE, CREENCIA, FIDELIDAD, LEALTAD, PROMESA, PALABRA DE HONOR, FE PUBLICA, PATROCINIO O AMPARO, AUXILIO O AYUDA.-

En el mundo latino, este principio debe ser analizado en el contexto de dos épocas bien diferenciadas: la etapa clásica y la etapa posclásica.-

En la primera etapa clásica, sentaba sus bases en las acciones o juicios de buena fe y se distinguía de los otros de derecho estricto, ya que era una cualidad que poseían algunos procesos y que importaba una metodología jurisdiccional, es decir, un procedimiento de decisión que le daba la posibilidad y, a la vez, mayor libertad al juez para determinar la condena, donde hace primero una interpretación amplia del contenido de la fórmula y de lo convenido por las partes.-

El juez, al momento de juzgar, debía tener en consideración ciertos criterios de suma importancia: a) la consideración de la culpa (falta de diligencia) para definir el incumplimiento de las obligaciones contractuales; b) el monto de la condena, que ha de resarcir el interés del actor en que la obligación se hubiera cumplido; c) la represión del dolo entendido en el sentido amplio como el engaño provocado o aprovechamiento del error o ignorancia espontánea de la otra parte; d) la interpretación del contrato con el criterio de discernir lo realmente convenido por las partes observando la literalidad

de las palabras; e) la consideración de todos los pactos que hubieran hecho las partes aunque no los invocaran en la fórmula; f) el tener como convenidos los elementos naturales del negocio; g) la compensación de las deudas recíprocas derivadas del mismo contrato; h) la consideración de la equidad o el equilibrio entre las prestaciones.-

En la segunda etapa postclásica, la buena fe se entendía como una cualidad de los contratos y, se convierte en un principio rector de la conducta, de ella surgen reglas o prescripciones de carácter imperativo. De esta manera, si nos remitimos al *Edicto del Pretor*, la buena fe la vemos en la acción del antiguo negocio de fiducia, también se encontraba en las acciones de los contratos consensuales, por ejemplo, el mandato, la sociedad, compraventa y arrendamiento, en la acción del depósito, la gestión de negocio ajeno y las acciones de tutela, al exigir la rendición de cuentas al tutor y por último la acción de dote para exigir la restitución de la misma.-

Con Justiniano, deja de contemplarse como un modo de juzgar en determinadas acciones y relaciones de bilateralidad para convertirse en un principio que rige la conducta, donde se asemeja a la idea de misericordia, benignidad, caridad, el cual se opone a lo maligno y la avaricia. La buena fe aparece en los textos posclásicos como principio que aconseja, urge o no tolera determinadas conductas relacionadas con la moral y las buenas costumbres.-

Así la *fides* pasa de ser una presunción dentro de una relación jurídica obligacional a un principio rector de la vida en general y del derecho en particular de carácter trino, articulado a la moral y las buenas costumbres, siendo entendido como “deber que tiene toda persona de respetar y cumplir su palabra, principio elemental del derecho romano *Ius Civilis* aplicado también al *Ius Gentium* o derecho de todos los pueblos”.-

Podemos deducir claramente, en esta primera aproximación del término *FIDES* o buena fe, que se trata de uno de los principios del ordenamiento jurídico, que es fuente de deberes y reglas de conducta.-

Como indicáramos anteriormente, entonces, para el ideario antiguo la buena fe poseyó otras acepciones localizables en diversos ámbitos institucionales⁴⁰⁷:

MORAL. (*pudor, probitas, continencia*)

JURÍDICO. (*iustitia, aequitas*)

RELIGIOSO. (*religio, ius iurandum*)

INSTITUCIONAL. (*imperium, dictio*)

SOCIAL. (*dignitas, decus, gloria*)

407 J. PALACIOS. “La noción de grupo político: Fides” en *Léxico Institucional Romano*. Buenos Aires: Oficina de Publicaciones de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, 2009, pág. 4.

Algunos testimonios conservados en latín, pensados para la instrucción política del ciudadano romano, transmiten aproximaciones interesantes. Cicerón dice:

fundamentum justitiae est fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo, audeamus imitari Stoicos, credamusque, quia fiat, quod dictum est, appellatam fidem. (Cic., *De Officiis*⁴⁰⁸)

En este fragmento, la *FIDES* es la esencia de la justicia y de la verdad, así como la firmeza de los acuerdos y de los preceptos y, de esta manera, se denomina confianza a lo que es valorado y establecido⁴⁰⁹, a tal punto que el autor sentencia que “no es santa la sociedad en la que no reina la fe” (*nulla sancta societas, nec fides regni est*⁴¹⁰) ni aquella que incumple con la promesa hecha a un extranjero: *si quid singuli temporibus adducti hosti promiserunt, est in eo ipso fides conservanda: ut primo Punico bello Regulus... ad supplicium redire maluit, quam fidem hosti datam fallere*⁴¹¹. En otra fuente del mismo autor, se la asocia con el juramento (*O Fides alma, apta pinnis, et jus jurandum Jovis! Qui jus igitur jurandum violat, is Fidem violat*)⁴¹², o bien se la inviste de una naturaleza cosmogónica equidistante o personajes ilustres para el acervo cultural latino: así, en *De Legibus*⁴¹³:

Diuos et eos qui caelestes semper habiti sunt/ocauerint

Herculem, Liberum, Aesculapium, Castorem,

Pollucem, Quirinum, ast olla propter quae datur

homini bus ascensus in caelum,

Mentem, Virtutem, Pietatem, Fidem, earum que laudum de libras unto

nec ulla uitiorum sacra sollemnia obe unto.-

408 Edición de Walter Miller: M. Tullius Cicero. *De Officiis*. Cambridge, 1913. Edition with English Translation. La traducción del latín al castellano es siempre nuestra.

409 Guiamos nuestra traducción a partir del *Diccionario Ilustrado Latín-Español/Español-Latín*. Barcelona: Larousse Editorial, 2006.

410 Cic. *Off.* 1, 8, 26

411 Cic. *Off.* 1, 13, 39

412 Cic. *Off.* 3, 29, 104

413 Edición de Georges de Plinval: M. Tullius Cicero. *De Legibus*. Paris: Belles Lettres, 1959. La cita puede localizarse en el *Liber Secundus*, 8.

IV.- Principio de la Buena Fe, su análisis en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación. Normativa en el Derecho Civil Actual .-

En el código civil actual la buena fe mantiene su componente trinológico en el Art. 1071 C.C al expresar:

“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Atilio Alterini, en su código sistematizado, mantiene esa condición de bloque al mencionar a los Arts. 21, 910, 911, 953, 1198, 2513, 2514 del C.C. como normas concordantes.⁴¹⁴

Anteriormente al proyecto de unificación, en el año 1998, se intentó reformar al código civil y en relación a la buena fe en el Art. 395 se expresó: *“Los actos jurídicos deben ser celebrados y ejecutados con buena fe y lealtad. La parte que obra de mala fe debe resarcir el daño causado”.*-

Aquí se trata como un valor o ideal de forma separada y su semejanza con la lealtad permite evocar o visualizar en la buena fe moderna la *fides*; a continuación, en el art. 396 se regulaba separadamente sobre el abuso del derecho, manifestando:

“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y si, correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.-

Observamos, pues, el mismo sentido normativo que el Art. 1071 actual pero con el agregado de la protección jurisdiccional del estado que debe velar y garantizar por su protección.-

Es por su relevancia jurídica que la *fides* se mantiene como principio rector del derecho privado así, en el proyecto de reforma del Código Civil, el art. 9 expresa: *“Los derechos deberán ser ejercidos de buena fe”.* Resulta indudable que la norma alude a un comportamiento esperable en un sujeto cuyos actos jurídicos no importen una finalidad lesiva en contra de los derechos de terceros. En la sección de *Fundamentos*, se afirma lo que en el proyecto de 1998 constituía el art. 395:... *Los actos jurídicos deben ser celebrados y ejecutados con buena fe y lealtad. La parte que obra de mala fe debe resarcir el daño causado...*⁴¹⁵

Pese a que se conserva el aspecto trino, destacamos que este Proyecto no contempla notas clarificadoras como el actual código de Vélez Sarsfield.-

414 Ver Alterini A. Código Civil Sistematizado pág 672. Ed. La ley, Bs. As. 2010.

415 vid. A.A.V.V. *Fundamentos*, §6.2, pág. 20.

En *Fundamentos*, podemos observar dos maneras de concebir la buena fe en virtud de una bifurcación doctrinal que hacen los codificadores: La buena fe objetiva y la buena fe subjetiva entendida, al igual que Guillermo Borda, la primera como aquella que obliga a las personas a comportarse correctamente, siendo su comportamiento el de una persona honorable y diligente⁴¹⁶.

En nuestro actual Código Civil, este supuesto abarca cuatro institutos indispensables: *Contratos* (la buena fe representa un valor que deben procurárselo las partes contratantes al momento de la celebración, interpretación y ejecución), *Abuso del Derecho* (artículo 1071), la *teoría de la imprevisión* (que protege a la persona cuya prestación se tornare onerosa debido a acontecimientos imprevisibles o extraordinarios para demandar la ejecución contractual) y, finalmente, la *teoría de los actos propios* (en donde se explicita directamente el principio de buena fe lealtad).-

La segunda, la buena fe subjetiva, implica la legítima conjetura de haber obrado conforme a derecho y en la razonable creencia de que no se daña el derecho de terceros⁴¹⁷.

Lamentablemente los operadores jurídicos deben morigerar la historia, la doctrina, el espíritu del legislador y la axiología que porta la norma, siendo las notas aclaratorias en muchas circunstancias de suficiente apoyatura argumental al momento de aplicar derecho, cuando la conceptualización no se encuentra positivizada en el texto legal.-

Lejos de definir al instituto, el Proyecto se encuentra despojado de dichas notas que permitirían vislumbrar una línea interpretativa a seguir. Dejando así al principio de buena fe como una fuente

remota del derecho que capta de manera lejana los valores sociales **vigentes** que como tales son cambiantes y permiten distanciarnos de la *fides romana*, *traditio* de nuestra cultura y esencia de nuestro sistema legal continental, como ha ocurrido con otros institutos, como *la caritas*, *la pietas*, *la frugalitas*, *la costantia*, *la humanitas* pasaron de ser valores sin discusión por estar cristalizados en el sistema jurídico y por tanto obligatorios, a ser “opinión discutida” dentro de una comunidad dada en un tiempo determinado y por tanto valores relativos (o circunstanciales) cambiantes y optativos.

En esta época postmoderna que renuncia a los grandes relatos, la buena fe pretende ser vista como una mera positivización resultante de un resabio pasado, ya arcaico, y por consiguiente caduco, un mero “supuesto”, despojado de toda la carga deóntica que poseyó antaño.-

Pretendiéndola imprecisa, se genera un vacío legal librado a la voluntad de todo aquél que desee implementarla trasformándose así en una fuente jurídica remota.-

416 Guillermo A. BORDA. *Op. cit.* pág. 62.

417 *Ibidem*, pág. 63.

V.- CONCLUSIONES

El artículo 9 del proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación manifiesta “*los derechos deben ser ejercidos de buena fe;*” lamentablemente en ningún lugar de la normativa proyectada se conceptualiza el instituto que positivamente se menciona, dejándose a la libre interpretación como supuesto base.-

Por evolución jurídica la *fides* se consolida como un principio que rige la conducta asemejado a la idea de misericordia, benignidad, caridad, el cual se opone a lo maligno y la avaricia. La buena fe aparece en los textos posclásicos como principio que aconseja, urge o no tolera determinadas conductas relacionas con la moral y las buenas costumbres.-

Así la *fides* pasa de ser una presunción dentro de una relación jurídica obligacional a un principio rector de la vida en general y del derecho en particular de carácter trino, articulado a la moral y las buenas costumbres, siendo entendido como deber que tiene toda persona de respetar y cumplir su palabra, principio elemental del derecho romano *Ius Civil* aplicado también al *Ius Gentium* o derecho de todos los pueblos.

En el código actual la buena fe mantiene su componente trinológico en el Art. 1071 CC, anteriormente al anteproyecto de unificación actual, en el año 1998, se intentó reformar el código civil y en relación a la buena fe el Art. 395 la trató como un valor o ideal de forma separada y su semejanza con la lealtad permitió evocar o visualizar en la buena fe moderna la *FIDES* romana.

En el proyecto actual si bien se mantiene el aspecto trino, como crítica destacamos que no contempla notas clarificadoras como el actual código de Vélez Sársfield y lejos de definir al instituto, además se encuentra despojado de dichas notas que permitirían vislumbrar una línea interpretativa a seguir. Dejando así al principio de buena fe como una fuente remota del derecho que capta de manera lejana los valores sociales **vigentes** que como tales son cambiantes y permiten distanciarnos de la *FIDES* romana, *traditio* de nuestra cultura y esencia de nuestro sistema legal continental.

En esta época postmoderna que renuncia a los grandes relatos, la buena fe pretende ser vista como una mera positivización resultante de un resabio pasado, ya arcaico, y por consiguiente caduco, un mero “supuesto”, despojado de toda la carga deontica que poseyó antaño, pretendiéndola imprecisa, se genera un vacío legal librado a la voluntad de todo aquél que desee implementarla trasformándose así en una fuente jurídica remota supuesto que no compartimos, pues la esencia nunca cambia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTERINI, A. Código Civil Sistematizado. Buenos Aires: Ediciones La ley, 2010.

CÓRDOBA, M. Tratado de la Buena Fe. Buenos Aires: La Ley, 2001.

COSTA, J. M. Manual de derecho romano público y privado. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

FREYBURGER, G. *Fides. Étude semantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéene*, París: Klincksieck, 1986.

LEWIS, Ch. & SHORT, Ch. A Latin Dictionary. Oxford: Clarendon Press. 1879.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Parte General. 20ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. Tomo II: "Personas Jurídicas, Bienes y Hechos y Actos Jurídicos", Actualizada con las nuevas leyes por Patricio Raffo Benegas, pág 289.

MOUCHET, C. & ZORRAQUÍN BECÚ, R. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.

PALACIOS, J. Léxico Institucional Romano. Buenos Aires: Oficina de Publicaciones de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, 2009, pág. 4.

Instrumenta Studiorum:

M. Tullius Cicero. *De Legibus*. Paris: Belles Lettres, 1959. Edición de Georges de Plinval.

M. Tullius Cicero. *De Officiis*. Cambridge: Cambridge University Press, 1913. Edition with a english translation, by Walter Miller.

ANALOGÍA DISCURSIVA DEL DEBER Y DEL PODER DE LOS CRÍMENES HOY Y EN LA ANTIGUA ROMA

Por Enrique Luis Pedicone

Enrique Luis Pedicone es profesor de Derecho Romano de la Universidad Nacional de Tucumán.

Dilema: Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt o Doctrina Hostis análisis de Ulpiano y Paulo.

Este trabajo analiza la influencia del discurso del poder de la clase *Notable* – entendida semióticamente como símbolo de casta dominante - y su influencia en el discurso del deber en el entramado jurisprudente. Su traslado *mutatis mutandi* a la sociedad moderna develan análogas condiciones sociales que estimulan o impiden que a determinados actos se le dé significado delictivo. En un supuesto o su antítesis siempre omnipresente la raíz romana. Sobretudo propone una mirada contramayoritaria al considerar que los principios que conforman al derecho penal democrático actual encuentran su CUNA en la ILUSTRACIÓN pero su PATERNIDAD siempre residirá en Roma.

“¿ Porque suponer que nosotros hemos inventado algo?” Sostiene el profesor argentino Norberto Rinaldi . Agrega: “Solo hemos desarrollado conceptos romanos con mucha prudencia (...) (1). En efecto, la presunción de inocencia es el latinismo del *in dubio pro reo* y sus consecuentes principios tales como el *favor rei, favor delinquentis, o favor libertatis*, originados en los textos del Derecho Romano- **semper in dubiis benigniora praeferenda sunt** -*Digesto, 50, 17, 35- o in poenalibus causis benignius interpretandum est* -*Digesto 50, 17, 155, 2-*.

Sin duda la ilustración y en especial Anselm Ritter Von Feuerbach “recrearon” estos principios *nullum crimen sine lege, nullum crimen sine probatione* , entre otros, en el *palimpsesto romano*.

No hay que ir a la antigua Roma para ver en los contemporáneos al rancio patriciado con vestimentas de la periodicidad cultural vigente. (2)

De manera que en la antigüedad como en la actualidad el discurso del poder condiciona al discurso del deber. Lo que el poder político- económico reconozca como un *hostis*, será objeto de discurso del saber jurídico que legitime su punición. Aún negando su condición de persona.

Así sólo existen actos y no delitos. Estos actos reciben el significado de delito según los ideogramas predominantes en diversos contextos sociales. La realidad extrajurídica como presunción legal, es según la “*fama*” o el “*clamor*” tomados en cierta forma como personalidad jurídica para reemplazar las pruebas y terminar en categórica pena.

La “*clamosa insinuatío*”, “*communis opinio*” toman un valor jurídico considerable en detrimento del **ne procedat iudex sine accusatione et probatione** (no procede juicio sin acusación y prueba), como una herramienta al servicio de la clase dominante y cuya síntesis es que la *fama* hace *verdad*, al igual que su sucesora la “*opinión pública*” en los medios de comunicación en la actualidad. (3)

Francesco Carrara nos advierte la decidida influencia en la aplicación de penas y su sustento legal de acuerdo a la ideología dominante en un momento psicosocial determinado: “Así, en la Roma libre, la función y la jurisdicción Censoria fueron extrañas a la justicia penal. El Imperio transformó en verdaderos delitos muchísimos hechos que bajo la República incumbían solamente a los censores (...)” (4)

Rinaldi al referirse a los cambios de época afirma: “En el Imperio un solo Dios, un solo Emperador y un solo Derecho (...) No sirve la ropa pagana de la República a la ropa cristiana del Imperio (...)” (5)

A continuación, desde la ficción, analizaremos dos crímenes idénticos- en dos tiempos cronológicos distantes el uno del otro - que postulan controversia entre la *veritas jurisprudentia*- **discurso del deber**- y la realidad política -poder - **discurso del ser**:

Uno transcurre en la Roma del año 117 D.C y el otro crimen en la actualidad. Dándoles consistencia interna en el concepto de Deleuze de *devenir*. El devenir definido por este filósofo “*como ese paso, ese umbral intersticial que se establece entre dos seres, dos elementos sujeto y objeto que se relacionan de modo tal que el devenir entre ellos constituye una tercera realidad, que no es ni el sujeto ni el objeto, sino un sujeto/objeto que es indecible entre ambos y que cobra vida propia (...) Mostrando además como lo más subjetivo es asimismo lo más objetivo, lo más interior es a la vez lo más exterior*” (6)

De esta manera coincidamos con Lauria quien considera que existe un *ordo iuris universal*-originado entre las XII tablas y la compilación justiniana- , que es el género y los demás sistemas sólo son especies y derivaciones de aquél.(7)

CONTEXTO

Hechos y participación de los imputados

Un hecho consiste en un homicidio tumultuoso a la salida del *coliseum*, en la *vomitoria* luego de una disputa entre los gladiadores. Un tracio llamado Celado y otro victorioso llamado Crescencio en el 117 DC. Los excitados partidarios de éste último se mofan de los seguidores del primero diciéndoles *!!! iugula !!!* (8) lo que desencadena la riña. El otro hecho, un homicidio turbulento a la salida de un estadio de fútbol en el estadio Monumental luego de una disputa futbolística entre River Plate y Boca Juniors en la actualidad.

Tanto en Roma como en nuestra ciudad se tuvo por acreditado que el acometimiento súbito y recíproco de ataque y defensa entre diez ciudadanos, exaltados y fanáticos, del que resultó la muerte del ciudadano *Julius Vero Coponio* en Roma y de Juan Pérez en Argentina.

En uno como en el otro hecho, el resultado muerte se configura por la violencia que se ejerció durante la riña de los apasionados seguidores de los gladiadores como de los apasionados hinchas del clásico futbolero..

Por último queda probatoriamente recreada la participación de los acusados en el hecho confuso pero no resulta posible distinguir los actos de cada uno de ellos. Sobre todo es imposible identificar “*Quien produjo el resultado final muerte*”

La ciudadanía romana como porteña está encorvada por el peso de una *verosimilitud horribilis*. Hay certeza que entre los diez ciudadanos de cada crimen se esconde el verdadero homicida. Pero... ¿y el autor? No había sido visto por nadie dando el golpe mortal. No está identificado.

Cada orator en Roma y defensor aquí persisten en llamar *inocentes* a los involucrados en la trifulca. ¿Donde está la prueba en contrario? Habían sido detenidos por encontrarse en un tumulto donde yacía un muerto. Sin duda aquel ciudadano, sea *Coponio* o *Pérez*, había sido asesinado durante la gresca. ¡Hay un asesino! ¿Pero qué es lo que prueba que el asesino sea alguno de los diez aprehendidos? Debe haber algo... Lo hay: ¡La fama! Todos los sospechosos eran *pobres y marginados* de Roma y de Argentina, ex presidiarios, merodeadores, analfabetos, gente ordinaria y ramplones... Aún así ¿Probaba esto quien es el autor del crimen? Esto era una verosimilitud, no una *veritas*. Una presunción, no una prueba.

Dilema:

Entre los acusados hay uno que es autor del crimen. Los otros son partícipes con mayor o menor acción. Si se condena a todos, la sentencia no sería justa, y si se absolviere a todos por no poder determinar con precisión al autor, tampoco lo sería, desde que el resultado muerte queda impune.

¿Cuál será la solución romana a este caso? La misma dualidad que adopta la modernidad.

La iurisdictio. Que según Giuseppe Ignazio Luzzatto era “el conjunto de facultades atribuidas a los magistrados a los que se confía en Roma la Administración de la Justicia.”(9)

Ulpiano, desde el discurso del poder, lo clasifica como actos de delitos irritantes y metamorfosea el discurso del deber. Apela al argumento de la aberración y condena a todos los partícipes. Aplica como actividad sancionada la especie típica por responsabilidad aquiliana, no hay delito de *iniura* porque no hubo intención de matar, Es decir el acto no es doloso sino culposo. LA INSTITUTA –I.4.3 De lege Aquilae-. EL DIGESTO- D.9.2..3, D .9.2.Ad legem Aquiliam.

Cuadra decir que la opinión idea de Ulpiano al ser amplificada deriva en ideología, lo que pervierte su pertenencia en un “racismo simbólico” (10)

“Que perezca el inocente para que el culpable no se salve”, dice la doctrina Tasso. Injusto pero disciplinador. Colérico pero atemorizante. Solución que postglosadores profundizaron y prácticos italianos como Manzini justificaron regímenes nazi y fascista. Doctrina basal de exterminio de los extraños al poder con el argumento tan cuasilógico como extendido que : *Algo habrán hecho.*

Como nota de color el propio Ulpiano. fue asesinado por los Pretorianos en el palacio frente al Emperador, en el curso de una revuelta entre los soldados y la multitud, probablemente en 228

En línea Jánica el jurisprudente coetáneo y antagónico de Ulpiano, *Paulo*, hace mérito a la averiguación de los verdaderos autores materiales de los golpes que produjo el resultado muerte.

En efecto según la ley *Cornelia*: Si en una riña “pereciese un hombre debido a una herida, conviene que se observen las heridas, las cuales se considerarán atribuidas a cada uno de los que tomaron parte en la reyerta (*Paulo* , *Digesto* Lib 48, tit 8 , ley 17). Así esta ley establece una responsabilidad individual, cada uno responde por los propios golpes. Surge el principio de **CULPABILIDAD** que será retomado y recreado por *Veccaria*, *Carrara* y da cimiento al Derecho Penal Democrático

Agrego a *Gayo*: 1, 56, D., de *regulis iuris*, 50, 17. *Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt* (en los casos dudosos se ha de preferir siempre lo más benigno)

Para decirlo con las palabras del maestro italiano *Luigi Ferrajoli* (11) : “Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena”.

Cuestionable es el uso de la prosopopeya como argumento de persuasión en la posición de *Ulpiano*: Una supuesta sociedad animada Romana dice indignada que le aborrece que los *hostis* se maten como bestias y que puedan matar algún ciudadano libre.

El ordenamiento argentino recepta la posición de *Ulpiano*, en su actual artículo 95 del Código Penal; en abierta tensión con la posición de *Paulo* receptada por nuestra Constitución Nacional en su artículo 18 que preserva los principios de inocencia y de culpabilidad, evitando ficciones de

autorías extrañas al espíritu liberal de nuestra Carta Magna.

Julio Cesar viajaba con dos jaulas de aves, una con animales purgados. Según el *auspicium* que requerían las circunstancias escogía las aves- *signa ex avibus*-. (12). Al igual que *Cesar* viajamos con dos jaulas de ideologemas. La diferencia es que debemos ser prudentes porque somos simples mortales mientras él desciende de Dioses.

Notas

- (1) Rinaldi Norberto conferencia 20 de Octubre de 2012, Actividad Recopilatoria de los Emperadores, UAI. Buenos Aires, Argentina
- (2) Corda Adriana, Adaptación conferencia postgrado Argumentación en Fac de Derecho- UNT- 15 de Junio de 2012, “No es necesario ir al siglo XIV con el Decamerón para ver que ese hombre es igual al contemporáneo (...)” Tucumán, Argentina
- (3) Thery Julien, Université Paul Valery/ Montpellier III en De Jure, Buenos Aires, Ad Hoc Editorial, 2009,p.201
- (4) Koenigswarter, Diss, *nullum delictum sine lege*. Amstelodami , 1835 ,p.12- Francesco Carrara, Programa de Derecho Criminal, Volumen I Parte General, Editorial Temis, Bogota ,1972,p 21
- (5) *ibid* conferencia 20 de Octubre de 2012, Actividad Recopilatoria de los Emperadores.
- (6) Adolfo Sagastume, *Antropología y Arte en Gilles Deleuze*, E Book pp 185-191
- (7) Lauria M ius visione romanae, Napoles, 1967 p.p 215 y ss
- (8) Traducción Latín: ¡¡¡ mátaló!!!,
- (9) Giurisdizione, en Enciclopedia del Diritto, p.1.
- (10) Teun A. van Dijk ,La ideología y el discurso del racismo moderno, , Ideología, Editorial Gedisa, Barcelona ,1998 p.345 y ss
- (11) Ferrajoli Luigi , Derecho y Razón ed Trotta, Madrid, 1995, p. 549
- (12)- Rinaldi Norberto conferencia 22 de septiembre de 2012 UAI Diplomatura Derecho Romano, Buenos Aires, Argentina

LA *DAMNATIO MEMORIAE*, EL DECRETO LEY 4161/1956 Y EL “DERECHO A LA VERDAD” SEGÚN LA RESOLUCIÓN 2005/66 DE LA O.N.U.

Por Luis Martín Poehls

Luis Martín Poehls es abogado (UBA 2008). Ayudante de 2° de la Cátedra de Derecho Romano de la Universidad de Buenos Aires de la Dra. Mirta Alvarez. Actualmente se desempeña como Concejal del Distrito de Guaminí (Pcia. de Buenos Aires). luismpoehls@yahoo.com.ar

I. Introducción.

En la ponencia a presentar en estas IV° Jornadas sobre Principios Generales del Derecho intento abordar el instituto público conocido como *Damnatio Memoriae* o condena de la memoria en la Roma Imperial.

Luego también se realiza una breve reseña al origen histórico del instituto con algunos ejemplos de la Roma Imperial, para finalmente analizar el ejemplo concreto del Decreto Ley N° 4.161 de 1956 en la República Argentina, así como sus consecuencias en la política, el derecho y la historiografía argentina.

Por último se hace una reseña del reconocido Derecho Humano a la Verdad, como derivación del Derecho a la Información; reconocido por la Resolución 60/251 de la O.N.U.

II. La *Damnatio Memoriae*.

Fue un instituto importado del derecho Helénico por la *Lex Iulia Maiestatis*⁴¹⁸ en los primeros tiempos del principado; condenando por alta traición a los enemigos del estado y borrando su

418 I. 4, 18, 3. “Más son públicos éstos juicios. La ley Julia de Majestad, que extiende su acción contra quienes han maquinado alguna cosa contra el Emperador o la República; cuya pérdida importa la pérdida de la vida, y la memoria del reo es condenada aún después de la muerte.” Traducción de Idelfonso García del Corral. 1° Edición. Jaime Molinas Editor. Barcelona 1889.

recuerdo de la historia, y ascendiendo al cielo de los dioses; por otro lado, a quienes cuya memoria merecía recuerdo; fue éste el caso del divino Cayo Julio César.

Literalmente significa, “*borrar el recuerdo*”; “*condenar la memoria*”. De las voces latinas; **damnatio, -onis, f.** (condenación) y **memoria, -ae, f.** (memoria, recuerdo, honra; en el genitivo singular “de la...”).⁴¹⁹

Luego de la muerte de un ciudadano cuya memoria merecía el tratamiento por parte de la república; era juzgada ante el *Senatus* y si se lo juzgaba reo de alta traición; su memoria y recuerdo eran quitados de los registros públicos, repercutiendo asimismo con efectos en el derecho privado del condenado y su esfera familiar.

Efectos en la esfera pública: En Institutas 4, 18, 3 se evidencia el carácter público de éstos juicios donde, en virtud de una condena, se procedía a eliminar todo cuanto recordara al condenado; imágenes, monumentos, inscripciones e incluso se llegaba a la prohibición de usar su nombre (*abolitio nominis*).

Luego de la muerte de Calígula; Suetonio refiere que se debatió la abolición de la memoria de los Césares (SUETONIO).⁴²⁰

El ejemplo de la *damnatio memoriae* sobre el emperador Nerón llevó consigo la destrucción del Coloso de Nerón (*Colosseum*) y la construcción por la dinastía subsiguiente del circo o *Anfiteatro Flavio* en el lecho del lago de la antigua *Domus Aurea* de Nerón; la ironía de la historia llevó a bautizarlo como Coliseo, en recuerdo del coloso que se erigió allí en memoria del emperador derrocado. Testimonio de ésta adoración post mortem nos relata Suetonio⁴²¹ comenzando su alocución con un ilustrativo “...*a pesar de todo*.” (SUETONIO).

Las siguientes imágenes muestran ejemplos cotidianos de la aplicación del instituto:

419 Diccionario Ilustrado Latín (Latino-Español; Español-Latino). VOX. Vigésimo primera edición. SPES EDITORIAL. Barcelona. 2003.

420 Suetonio; “*Los doce Césares*”. Traducción de Francisco Montes de Oca. Editorial Porrúa. México. 2007. P. 150 “*LX. (...) Hubo quien opinó por la abolición de la memoria de los césares y la destrucción de sus templos.*”

421 Suetonio; (Ob. Cit.) p. 203 “*LVII. (...) A pesar de todo, hubo ciudadanos que, mucho tiempo después de su muerte, adornaron su tumba con flores de primavera y verano, que llevaron a la tribuna retratos de Nerón representado con la toga pretexta, y que leyeron en ella edictos en los que hablaba como si viviese aún y hubiera de llegar sin tardanza para vengarse de sus enemigos.*”



422



423

Efectos en la esfera personal: La condena a la memoria provocaba efectos en la esfera privada y personal del individuo condenado y de su familia. Los cuales fueron receptados por la posterior compilación justiniana.

422 Lucio Elio Sejano; cónsul y lugarteniente del emperador Tiberio fue condenado a la *damnatio memoriae* después de conspirar contra el emperador en 31 d.C.; como consecuencia, sus estatuas fueron destruidas y su nombre borrado de todos los registros públicos. Esta moneda, acuñada para conmemorar el consulado de Sejano, tiene raspado su nombre.

423 Esta imagen pertenece a la familia del Emperador Septimio Severo en la que aparecen retratados Severo, su esposa Julia Domna, sus hijos Caracalla, y Geta, cuya cara ha sido borrada por su *damnatio memoriae* ordenada por su hermano y asesino Caracalla.

En Digesto 24, 1, 32, 7⁴²⁴ se establece la posibilidad de revocar las donaciones hechas por causa de muerte por parte de un condenado en su memoria. En Digesto 28, 3, 6, 11⁴²⁵ se declaran inválidos e írritos, los testamentos de aquellos cuya memoria fue condenada, por causa de lesa majestad o por otra causa semejante. En Digesto 31, 76, 9⁴²⁶ se concede la facultad de repetir los legados a quien hubiere accionado luego de haberse pagado los legados de aquel cuya memoria hubiese sido condenada.

En Institutas 3, 4, 5⁴²⁷ se establece la imposibilidad de tener heredero al condenado y la sucesión por parte del fisco de dicha herencia vacante.

III. El instituto en Roma y en la historia; en la “Revolución Libertadora” y después.

Previo a su adopción en Roma, la condena a la memoria tuvo aplicaciones en Grecia, propiamente en Éfeso, cuando el pastor Eróstrato incendió el Templo de Artemisa en 356 a.C. para convertirse en famoso, para desalentar tales actos, se decretó que su nombre jamás debía ser mencionado bajo pena de muerte.

El instituto condenatorio en Roma fue aplicado a numerosos regentes entre los que cabe mencionar a Calígula, Nerón, Galba, Vitelio, Otón, Domiciano, Cómodo, Heliogábalo, Majencio y Constantino II.

En el año 897, por iniciativa de su antecesor Bonifacio VI, el Papa Esteban VI condenó la memoria de su antecesor Formoso durante el episodio que se dio en llamar, “*Concilio Cadavérico*”, “*Sínodo del Terror*” o “*Sínodo del Cadáver*”; desenterrándose el cadáver del condenado y arrojado al río Tíber; declarándose inválidos sus decretos y ordenaciones, y cortándosele los tres dedos de su mano con los cuales impartía su bendición.

En la república de Venecia, se aplicó en 1355 una condena efectiva a la memoria del Dux Marino

424 D. 24, 1, 32, 7 “*Si el marido hubiere hecho a su mujer, y después se hubiere procurado la muerte por conciencia de un delito, o aún después de su muerte hubiera sido condenada su memoria, se revocará la donación, aunque sean válidas las cosas que a otros hubiere donado, si no las donó por causa de muerte.*” Traducción de Idelfonso García del Corral. 1º Edición. Jaime Molinas Editor. Barcelona 1889.

425 D. 28, 3, 6, 11 “*Pero tampoco ciertamente son válidos, sino que se harán írritos, los testamentos de aquellos cuya memoria fue condenada después de su muerte, por ejemplo, por causa de lesa majestad, o por otra causa semejante.*” Traducción de Idelfonso García del Corral. 1º Edición. Jaime Molinas Editor. Barcelona 1889.

426 D. 31, 76, 9 “*Se ha de dar la facultad de repetir los legados pagados en virtud de un testamento, que después de condenada la memoria del difunto apareció que era írrito, pero esto, si la acusación de lesa majestad se ha formulado habiendo sido ya pagados los legados.*” Traducción de Idelfonso García del Corral. 1º Edición. Jaime Molinas Editor. Barcelona 1889.

427 I. 3, 1, 5 “*...como si después de la muerte hubiere sido juzgado el padre reo de alta traición, y por esto hubiere sido condenada su memoria, pues no puede tener heredero suyo, puesto que el fisco le sucede.*” Traducción de Idelfonso García del Corral. 1º Edición. Jaime Molinas Editor. Barcelona 1889.

Faliero; quien intentó apoderarse del gobierno de la ciudad. Muerto éste, en la sala del *Maggior Consiglio*, se pintó su imagen de negro poniendo una inscripción al pie que rezaba “*Este es el sitio de Marino Faliero, decapitado por sus crímenes.*”⁴²⁸

En nuestro país, luego de la revolución de 1955 y por medio del Decreto Ley N° 4161/1956 de “*Prohibición de elementos de afirmación ideológica o de propaganda peronista*” se intentó borrar todo vestigio del gobierno peronista depuesto. Decían los considerandos de la mencionada disposición que “...*es imprescindible borrar, porque recuerdan una época de escarnio y de dolor para la población del país y su utilización es motivo de perturbación de la paz interna de la Nación y una rémora para la consolidación de la armonía entre todos los Argentinos.*”; o que “...*tales fundamentos hacen indispensable la radical supresión de esos instrumentos o de otros análogos, y esas mismas razones imponen también la prohibición de su uso al ámbito de las marcas y denominaciones comerciales, donde también fueron registradas con fines publicitarios y donde su conservación no se justifica...*”

En suma, se intentó importar el instituto de la *Damnatio Memoriae* al derecho público argentino para suprimir todo vestigio de un período de la historia .

Consecuencias del Decreto Ley N° 4161/1956 en la historia argentina: Hoy, a casi 67 años de la firma de aquella disposición conocemos el curso de la historia posterior argentina; el intento de suprimir *de facto* un período histórico, junto con la prohibición de la mención de nombres y el uso de divisas indentificatorias con ese movimiento generaron lo que dio en llamarse “la resistencia” así como que aportaron a la violencia desatada en el país en las décadas del 60’ y 70’.

Hubo sustanciales diferencias con la aplicación del instituto en la antigüedad y en la edad media; la primera, y quizás la fundamental, que la persona sobre la que se aplicó, el presidente depuesto Juan D. Perón continuaba con vida y desde el exilio ejercía una gran influencia política sobre sus seguidores y así también sus detractores en el país.

El retorno a la democracia en 1983 y la búsqueda de una verdad completa: Diferente fue la postura que tomó el Gobierno argentino en 1983 cuando; también con el afán de repudiar y condenar lo sucedido en el período inmediatamente anterior comprendido entre los años 1976 a 1983; apostó por construir una verdad completa juzgando en tribunales de derecho, a quienes participaron en forma protagónica en aquellos años.

428 En latín en el original “*Hic est locus Marini Falieri decapitati pro criminibus.*”

IV. La Resolución 2005/66 de la O.N.U. y el Derecho Humano a la Verdad.

En palabras del Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos en su resolución 60/251⁴²⁹ sostiene que el Derecho Humano a la Verdad “...entraña el conocimiento pleno y completo de los actos que se produjeron, las personas que participaron en ellos y las circunstancias específicas, en particular las violaciones perpetradas y su motivación.” Pasando entonces a ocupar un lugar central en la lucha contra la impunidad y a favor de la verdad. Siendo a la vez; “...un derecho individual de las víctimas y de sus familiares, y un derecho de la sociedad, pues el conjunto de ésta ha de ser informado de los hechos vinculados a esas violaciones.”

Como todo derecho debe garantizar el acceso a la justicia; el cual debe reunir los requisitos de rapidez y eficacia mediante herramientas jurídicas institucionales, y de reparación; que incluye “la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad.”

Debe garantizarse además; como recomendación del Alto Comisionado tomando la ley israelí de 1998; el derecho a la información sin óbice ni obstáculo alguno; se tenga o no tenga interés particular en el caso. Una negativa procesal a concederlo debe ser objeto de recurso judicial.

Asimismo se recomienda la utilización de mecanismos institucionales para el goce efectivo de los derechos humanos; en el marco de lo reglado por el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre los cuales se destacan; las comisiones de verdad, tal es el caso de la CoNaDep implementada en la República Argentina luego del avenimiento de la democracia en 1983; el acompañamiento por parte del Estado para el esclarecimiento de dichos crímenes, siguiendo la cronología histórica la voluntad política de realizar los juicios a las juntas militares argentinas en 1985 es un ejemplo de tal mecanismo implementado.

Como corolario de ello se recomienda, por parte del alto organismo, la implementación de medidas que hagan a la protección imparcial de los archivos públicos resultantes de dichas investigaciones; entre las que se destacan los depósitos de dicho material de archivo en terceros países imparciales.

V. A modo de colofón...

La historia nos enseña; cómo surge del relato de los hechos; que la pretensión de borrar el recuerdo o la historia no ha sido un mecanismo efectivo para el progreso de las sociedades en general y de los individuos en particular. No solo no ha borrado de la historia el recuerdo de emperadores como Nerón o Calígula; sino que en nuestro país, dos ejemplos citados bastan para demostrar la veracidad de tal conclusión, el Decreto Ley 4161/1956 no borró de la historia al movimiento peronista ni su ideología; así como también las acciones emprendidas por el primer gobierno democrático luego de

429 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. O.N.U. Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006 titulada “Concejo de Derechos Humanos” El Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Resumen.

1983 permitieron; sobre la base de una verdad sólida, impartir justicia y sentar los cimientos de un Estado de Derecho que lleva ya 29 años.

Ello nos lleva a concluir que una verdad completa, y el acceso a ella garantizado por las instituciones del Estado; en suma, el goce pleno del Derecho Humano a la Verdad; son remedios más eficientes a la hora de construir un Estado de Derecho sólido y duradero.

¿SON INMUTABLES LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO?

Por Norberto Darío Rinaldi

Norberto Darío Rinaldi es profesor Titular Consulto de Derecho Romano de las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Morón, Profesor Titular de Derecho Romano de la Universidad Católica de Salta, Presidente del Instituto Lapieza Elli de Derecho Romano, Letras Clásicas y Cultura Latina, Presidente Emérito de A.D.R.A (Asociación de Derecho Romano de la República Argentina)

Hace ya siete años, en un trabajo presentado en el XV CONGRESO LATINOAMERICANO DE DERECHO ROMANO celebrado en Morelia (MEXICO) intenté realizar una aproximación a la definición de qué debe entenderse por “Principios Generales del Derecho”.

La cuestión semántica es importantísima en cualquier aspecto de nuestra vida cultural. Si dos personas conversan sobre algo pero usando palabras que para ellas no tienen el mismo significado, nunca podrán entenderse. En algunos casos la cuestión semántica es técnica (como por ejemplo cuando un cirujano le pide algo a su instrumentista) y en otras es meramente coloquial (como cuando se discute, también por ejemplo, sobre si algo es “democrático” o no). En el primer caso si el instrumentista no le da al cirujano exactamente lo que este pidió, puede haber consecuencias muy graves, pero en el segundo lo peor que puede suceder es que las partes no se pongan de acuerdo.

Los juristas, perdón por la petulancia de mi inclusión en esa categoría, tenemos la obligación de saber exactamente, o, por lo menos, lo más exactamente posible; de qué estamos hablando. Un hombre común puede coloquialmente confundir posesión con dominio, pero un jurista debe distinguir perfectamente los dos conceptos.

¿De qué hablamos cuando nos referimos a “Principios Generales del Derecho”?

En el trabajo mencionado dije “la doctrina en general no ha llegado a formular una definición acerca de qué debe entenderse por “Principios Generales del Derecho”, y, en definitiva, cuáles son; habiéndose producido largos e infructuosos debates en torno al tema.”

La cuestión no es menor porque aún en nuestros días existen ordenamientos jurídicos -los de nuestra Latinoamérica no son, en general, una excepción- que establecen como fuente formal supletoria de derecho a los llamados “Principios Generales del Derecho”. Esta remisión ha motivado a los juristas, y también a los jueces, a buscar una definición concreta de esos principios, ya que, si deben aplicarse para solucionar casos concretos, es imprescindible que tengamos un concepto unívoco de la figura en

que habrá de basarse la eventual sentencia.

Conviene resaltar que estudiamos el tema desde el punto de vista del Derecho normativo, dejando de lado, obviamente dentro de lo posible, las cuestiones filosóficas. Se supone que si un Juez debe tomar una decisión en un caso donde no existe regulación ninguna, ni en la ley en sus diversas interpretaciones, ni en las leyes análogas, debe resolver conforme los Principios Generales del Derecho y, para ello, debe tener un concepto muy claro de donde están o cuáles son, esos “Principios” que habrán de servir de fuente formal de Derecho.

Para los jueces, entonces, los Principios Generales del Derecho no pueden ser una abstracta mezcla de normas morales, éticas y religiosas, sino que tienen que materializarse en formulaciones jurídicas concretas a las que se pueda hacer referencia como criterio objetivo al que remitirse al dictar sentencia.

A modo de breve síntesis debemos referirnos al fracaso de algunos intentos de definir los principios con precisión.

Se suele citar a Ulpiano cuando en el inicio de su obra “Reglas” introduce palabras que Justiniano incorpora en el Digesto en el primer título del primer libro: “Los preceptos del derecho son estos: vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo”⁴³⁰. Exactamente el mismo texto fue incorporado a las Institutas⁴³¹ y es una muy difundida frase, utilizada normalmente como definitoria de los valores del Derecho Romano en general. No obstante no cabe otra cosa que convenir con el criterio expuesto por Pugliese⁴³² en el sentido de que lo que Ulpiano expresa con esas palabras no es otra cosa que tres reglas morales o éticas de interpretación tan amplias y difusas que no pueden ser interpretadas más que como elegantes modos de iniciar un discurso, aunque resulten poco coincidentes con la precisión que el Derecho exige. En efecto: manifestaciones del estilo de “vivir honestamente, no causar daño y dar a cada uno lo suyo”, como que “el derecho es el arte de lo bueno y equitativo” (adjudicado a Celso)⁴³³ o que “la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas”⁴³⁴, pueden quedar bien en un discurso o servir para clases de retórica, pero de ninguna manera tienen precisión jurídica.

En nuestra opinión Ulpiano se refiere en ese párrafo no al Derecho en sí, sino a los fines del Derecho, a su fundamentación filosófica; pero decididamente esos “preceptos” que menciona, no son normas jurídicas sino normas éticas. Resulta evidente que se trata de una recomendación a legisladores y juristas, pero son tan amplias y tan genéricas que no pueden ser asimiladas a principios generales.⁴³⁵

430 *“Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere.”* (D 1.1.10.1).

431 I.1,1,3

432 PUGLIESE, GIOVANNI, Opus cit. Pág 23. Dice allí: *“Il passo e collocato dal Lenel proprio all’ inizio del libro indicato in scriptio (libro I delle Regulae). Il suo contenuto è evidentemente etico-sociale, anzique specificamente giuridico: ciò si avverte, non solo nel suo primo elemento (honeste vivere), ma anche negli altri due...”*

433 Respecto de la frase que Ulpiano atribuye a Celso recomendando vivamente el trabajo recientemente publicado por el profesor Ricardo Ginés en la revista “Lecturas de Derecho Romano IV”, pag. 37 y ss.

434 I.1.1

435 Dice Pugliese: *“Queste direttive corrispondono a valori etici o etici-sociali così ampi e anche così generici da non essere assimilabili ai principi generali...”* PUGLIESE GIOVANNI, opus cit. Pag 74.

Mayor confusión trajo al tema la traducción -a nuestro juicio, errónea- de la palabra “*praecepta*” en la difundida versión en lengua española del *Corpus Iuris Civilis* que hizo Ildefonso García del Corral. En efecto, el muy prestigioso sabio traduce en su obra la palabra “*praecepta*” por “principios”, cuando en realidad la traducción correcta es “preceptos” y estas palabras (“preceptos” y “principios”) no son, por cierto, sinónimos⁴³⁶. Un precepto (palabra que deriva de *praeceptum*) es una orden, un mandato o una regla; mientras que un principio (que deriva de “*principium*”) se refiere al origen o fundamento de algo. Cabe consignar que la traducción de Alvaro D’Ors y la aún más moderna de Pierangelo Catalano coinciden en traducir “*praecepta*” por “preceptos”, como corresponde.

La doctrina ha distinguido entre los principios como “origen” del Derecho, de la misma manera en que se utiliza el término cuando se hace referencia al inicio de un camino, una obra literaria o un período de gobierno⁴³⁷ y los principios como “esencia” es decir, como núcleo fundamental en torno del cual se arma toda la trama jurídica.

En nuestra opinión, esta distinción no es imprescindible tenerla en cuenta, porque ambos conceptos terminan siendo coincidentes. Si se toman los principios como “origen”, resulta evidente que debemos necesariamente remontarnos a los grados primitivos del Derecho, que, necesariamente, se confunden con su inicio y, como todo inicio -inclusive el biológico- lo que empieza lleva el germen de su desarrollo, los genes, o hablando más modernamente, el ADN, el núcleo fundamental. Los “fundamentos” del Derecho, asimilables a su esencia, están, entonces, en su origen. Por cierto que origen y esencia no es lo mismo, pero resulta indiscutible que la esencia está en el origen.

Arriesgándonos a iniciar una nueva polémica con tantos amigos, me animo a afirmar que la esencia del Derecho es la paz o sea la solución de conflictos sin violencia a través de un sistema de prohibición de conductas bajo amenaza de sanciones públicas (quizás, pensando desde criterios modernos, deberíamos reemplazar “sanciones públicas” por “sanciones estatales”).

Fundamento mi afirmación acerca de que la esencia del Derecho es la preservación de la paz, en la experiencia romana donde la aparición de las normas jurídicas fue la consecuencia de la necesidad de preservar la paz social por medios laicos y allí están, precisamente, el “inicio” y la “esencia” del *Ius*, la gran invención de los romanos.⁴³⁸

436 No se entiende la razón por la cual García del Corral traduce en D 1. 1. 1. Pr. la palabra “*praecepta*” por “principio” y en otros segmentos (D 1.3.1) lo traduce, ahora correctamente, por “precepto”.

437 A mi juicio es en este sentido que Gayo utiliza la palabra “*principium*” en D 1.2.1. Ello se infiere naturalmente de la lectura completa del párrafo y de los que lo siguen en el mismo Digesto y se adjudican a Pomponio. Resulta particularmente convincente el hecho de que el segundo título esté dedicado a recopilar el desarrollo histórico del Derecho Romano. De la misma manera lo interpreta Schipani en la obra que se cita en la nota anterior (ver especialmente página 14 punto C). Dejo de lado las citas de Cicerón que se hacen en ese trabajo por cuanto a mi juicio sus palabras deben ser consideradas desde el campo de la filosofía y, más específicamente, el de la filosofía política.

438 Sigo aquí las ideas fundamentales de la magnífica obra de Aldo Schiavone titulada “IUS La invención del derecho en Occidente” donde describe al Derecho como una forma específica de disciplinamiento social, distinta de la religión, la ética y la política, y dotada de fuerte racionalidad.

Concluía aquella ponencia presentada en Morelia -a la que me remito- proponiendo una definición de lo que debe entenderse por “Principios Generales del Derecho” y, seguramente con audacia, a identificarlos.

Fue así que, en ese entonces, me animé a definir los principios Generales del Derecho como **“normas jurídicas vinculantes, universales, perfectas, generales, supletorias de los sistemas jurídicos vigentes que deben ser utilizadas para los casos en que cada sistema jurídico no pueda resolver una cuestión”**.⁴³⁹

También en aquella ponencia identifiqué los Principios Generales del Derecho concluyendo que “los Principios Generales del Derecho **los podemos encontrar en el Derecho Romano**⁴⁴⁰ **entendido en su concepto más amplio, es decir, el sistema jurídico elaborado por los Romanos, recopilado por Justiniano, sistematizado y actualizado por las diversas escuelas romanísticas posteriores, recepcionado por las codificaciones modernas y que sirve de común denominador jurídico y cultural para la mayoría de los pueblos de la tierra.**⁴⁴¹

En el debate posterior a la presentación de la ponencia quedó pendiente la cuestión acerca de establecer si esos Principios son inmutables, es decir si una vez establecidos no pueden ser objeto de cambios; o si, por el contrario, el desarrollo de la vida cultural de la humanidad nos impone su permanente actualización.

Habida cuenta de las afirmaciones realizadas en párrafos precedentes, lo que en realidad estamos tratando de precisar es si el Derecho Romano -el “*Ius*” al decir de Schiavone- permanece rígidamente inmutable a partir de la monumental obra de Justiniano o si ha continuado desarrollándose. Más aún, también habría que tener en cuenta si ese *Corpus Iuris Civilis* guarda en su seno sin cambios los “Principios” -orígenes, inicio, esencia- establecidos en la primera obra jurídica conocida de los Romanos que es la Ley de las XII Tablas.

Más claramente: ¿el Derecho Romano cambió, cambia y cambiará o permanece inmutable desde que fue redescubierto e implantado como *Ius commune* primero en Europa y luego en el resto de los países que siguen ese sistema?

La pregunta se limita, obviamente, a la posibilidad de que se hayan producido cambios en el Derecho Romano a partir del medioevo y hasta nuestros días, respondiendo al criterio que he sustentado en el sentido de que entiendo que en casi toda la legislación moderna subsiste el Derecho Romano, obviamente actualizado y “nacionalizado” a partir de las codificaciones surgidas en el siglo XIX. No existen códigos que no tengan reservado un capítulo a las obligaciones y a sus fuentes; que no regulen el dominio en sus distintas formas y la manera en que se adquiere y se pierde; que no se

439 Rinaldi, Norberto Darío, En actas del XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano

440 SCHIPANI, SANDRO Opus cit. Pág 22 en criterio levemente restringido respecto del que proponemos, e incorporando una interpretación más amplia que la que aquí se hace de la palabra “principio”, dice: “Los Principios Generales del Derecho hay que buscarlos en el *Corpus Iuris Civilis*, en el sistema en él codificado, en las obras maduradas a partir de él, que los han desarrollado, que deben ser releídos en modo principal (en el combinado y polivalente significado de “principio”).”

441 RINALDI, NORBERTO “Lecciones Ampliadas de Derecho Romano” Editorial Edictum Buenos Aires, 2006. Pág 139

ocupen de la regulación de las sucesiones, que no regulen el dolo, la culpa... ¿De donde ha surgido todo eso sino del Derecho Romano? Escuché decir al recordado romanista español recientemente fallecido -el profesor Gerardo Turiel de Castro- en una conferencia dada en Buenos Aires hace ya dos décadas que “no es cierto que el Derecho Romano sea el antecesor del derecho moderno, sino que

el derecho moderno **es** Derecho Romano adecuado a las nuevas realidades sociales y económicas”. Está de más decir que coincido con esa afirmación y añado que si los juristas romanos hubieran seguido trabajando hasta nuestros días, habrían arribado a soluciones muy parecidas a las que se dan en los códigos modernos para los problemas sociales y económicos existentes en la actualidad.

En la esencia del Derecho Romano no está el quietismo sino la movilidad, no está la rigidez sino la flexibilidad, no está el rechazo a lo nuevo sino la asimilación de los cambios. Nadie puede negar, espero, que la Ley de las Doce Tablas es Derecho Romano, ni tampoco que el *Corpus Iuris* lo es; pero resulta muy cierto también que en muy poco se parecen las normas que surgen de una y otra obra. Un romano del siglo V a. C. no entendería el sistema jurídico que surge de la obra Justiniana porque en esos once siglos el Derecho Romano cambió. Pues bien: ha seguido cambiando, aunque no con tanta velocidad, hasta nuestros días y, seguramente, seguirá cambiando sin dejar por ello de ser “Derecho Romano”.

Voy a rematar este pequeño discurso concluyendo con un sencillo silogismo: si el Derecho Romano ha ido cambiando y adaptándose a nuevos criterios filosóficos y necesidades sociales, y los Principios Generales los encontramos en el Derecho Romano, obviamente los Principios Generales son mutables.

Podría señalar muchísimos ejemplos en apoyo de esta afirmación, pero baste con señalar el caso del significado y aplicación de la palabra *aequitas*. Sabido es que ese término no significaba lo mismo para un romano del siglo II a. C. que para Justiniano pues el triunfo de los fundamentos filosóficos del cristianismo había teñido el concepto original con pinceladas de misericordia, caridad y benevolencia⁴⁴². Resulta, entonces que *aequitas* “hasta la época del Derecho clásico significó un valor ideal que se le adjudicaba a la norma jurídica, de donde actuar equitativamente era actuar conforme el *ius*. Pero después aparece el concepto de “*aequitas*” en la obra de Justiniano como un elemento moderador y a veces contrario al estricto *ius*; por lo que, actuar equitativamente era -en cierto modo- corregir los resultados de la aplicación estricta del *ius*.”⁴⁴³

El Derecho Romano cambió desde su inicial rigidez y formalismo a la flexibilidad que le dieron los pretores; creó conceptos nuevos cada vez que las circunstancias lo requirieron, como el de *proprietas*; evolucionó al compás de los tiempos como es el caso de los testamentos; acompañó el desarrollo de las instituciones, como cuando fue abandonando la primacía de la familia agnaticia para dar lugar a la cognaticia y, cada vez que la sociedad se lo reclamó, buscó nuevas soluciones para sus necesidades.

442 Conf. LAPIEZA ELLI, ANGEL ENRIQUE, “HISTORIA DEL DERECHO ROMANO”, Edt. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, año 1975 pag.20

443 RINALDI, NORBERTO DARIO, opus cit pag. 154 y ss.

Precisamente los cambios que fue teniendo han hecho del Derecho Romano un sistema jurídico vigente, que en el mundo polifacético de hoy parece disperso, pero que sigue siendo aplicado aún por aquellos que reniegan de él: cada vez que un Juez en cualquier lugar del planeta, se refiere en su sentencia a la existencia de una obligación, a las consecuencias de un contrato o a la protección de la posesión está, quizás sin saberlo, aplicando conceptos romanos.

“EL ARTÍCULO 1197 DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. EL *PACTA SUNT SERVANDA* Y SU ORIGEN ROMANÍSTICO”

Mariana Verónica Sconda

I- INTRODUCCIÓN:

El principio *pacta sunt servanda* tiene su origen en el Derecho Romano, ya que Ulpiano, en Comentarios al Edicto, libro IV, en D. 2.14.1.pr, expresaba: “es natural la equidad de este Edicto. Porque ¿qué cosa hay tan conforme a la fe humana, como cumplir los hombres lo que entre sí pactaron? Y además en D.50.16.219 Papiniano decía en Respuestas, libro II, “se determinó que en las convenciones se atiende a la voluntad de los contratantes más bien que a las palabras.⁴⁴⁴ Este precepto ha sido plasmado en las distintas legislaciones modernas, pero fue influenciado por el individualismo jurídico y económico.

En el Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield se encuentra expresado en el artículo 1197 que establece que las convenciones hechas en los contratos obligan a las partes como la ley misma, reconociendo la autonomía de la voluntad de las mismas como el eje que gobierna la vida contractual.

Pero, se debe tener en cuenta que este principio no es de carácter absoluto, ya que tales convenciones no pueden derogar derechos irrenunciables, o violar el orden público, la buena fe y las buenas costumbres o afectar las garantías constitucionales. (arts. 21, 953, 975, 1184 a 1187, 1198, etc., Cód. Civ.).

Se debe destacar, que en la antigüedad, era importante respetar la palabra empeñada, cumplir con lo pactado, pero en el mundo actual esto se torna casi imposible, debido a las circunstancias económicas o sociales que impulsan a los hombres a asumir compromisos muchas veces injustos.⁴⁴⁵

444 Idelfonso García Del Corral, *Cuerpo de Derecho Civil Romano. Tomo I*, (Barcelona, Ed. Lex Nova. Reimpresión.1897), pág. 275. **D. 2.14.1.pr: “Ulpianus libro IV ad Edictum,- Huius Edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?”** y Tomo III, pág. 939. **D. 50.16.219: “Papinianus, libro II, Responsorum,- In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit.”**

445 Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo I*, (Buenos Aires, Ed. Perrot, 1998), pág. 33. “El fundamento de la responsabilidad contractual es el principio de la autonomía de la voluntad; el hombre es libre para ligarse o no con sus semejantes por vínculos jurídicos. Pero si se compromete a cumplir determinadas obligaciones y no lo hace, debe responder por los daños ocasionados el cocontratante que confió en su compromiso”.

II- CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DE LOS VOCABLOS PACTUM, CONVENTIO Y CONTRACTUS .

El sustantivo *pactum* o su plural *pacta*, derivan del vocablo *pacisci*, que significa pactar, ponerse de acuerdo, y es un verbo de uso posterior al antiguo *pacere*. Para la experiencia jurídica romana, eran acuerdos entre las partes que no estaban revestidos de los requisitos formales requeridos por el ordenamiento que legitiman a las partes para reclamar su ejecución judicialmente por sí mismos⁴⁴⁶. El *pactum* está vinculado etimológicamente con *pax* (D. 2.14.1.1; Festo, vº *pacionem*), entendido como la transacción que pone fin a una controversia. Así aparece en la Ley de las XII Tablas, en la tabla 8.2, refiriéndose al delito de *iniuria*: “Si se rompiera un miembro, que sea el “talión”, es decir, que el que sufrió la *iniuria* le rompiera un miembro al ofensor, salvo que se pactara con el agresor”. Por lo tanto, desde un principio la palabra *pactum* o *pactio* tuvo un significado de acuerdo entre las partes tendiente a enervar los efectos de una obligación.⁴⁴⁷ El pacto en el D. 2.14.1.2 está definido como el consentimiento de dos o más sobre una misma cosa convenida y en D.50.12.3 en donde se

446 Armando Torrent Ruíz, *Diccionario de Derecho Romano*. (Madrid, Ed. Edisofer SL, 2005), pág. 837. “Era un acuerdo no formal entre las partes, convención no embebida de una figura reconocida por el *ius civile* de manera que su cumplimiento no podía reclamarse directamente a través de una acción, sino sólo por medio de excepciones (*nuda pacta, ex nudo obligatio non nascitur*). “El concepto de *pactum*, es uno de los más discutidos en la ciencia romanística, es posible que naciera como acuerdos no formales entre dos partes con intereses divergentes con los que cerraban sus discrepancias satisfactoriamente para ambas. Una explicación dada por Manenti a principios del siglo pasado, entendía que el *pactum* no tenía un contenido genérico, sino el específico de acuerdo dirigido a desterrar total o parcialmente el ejercicio de una acción, lo que equivale otorgar al pacto una eficacia meramente negativa, explicación aislada en la doctrina que en general distingue entre el *contractus* (en sus diferentes figuras tipificadas), que engendran una *obligatio*, y el *pactum* considerado como simple acuerdo que sólo se puede hacer valer por medio de una *exceptio*, en base a la regla *nudum pactum non parit obligationem sed exceptionem*, regla que Sanfilippo considera originaria. Desde otro ángulo, Magdelain sostiene, que en un momento poco evolucionado del ordenamiento romano debe identificarse *pactum* con *consensus in idem placitum*; ésta sería la base del primer *Edictum de Pactis*, donde *pactum* tendría un sentido general que se iría restringiendo en la medida que el *ius civile* asumió como propios los *bonae fidei iudicia* difuminando la categoría de los pactos expresados en la regla *pacta conventa in sunt bonae fidei iudicia* (los pactos son inherentes a los juicios de buena fe); paralelamente iba tomando una configuración autónoma la primitiva *conventio pignoris* ejercitable por medio de la *actio Serviana*”. En el mismo sentido opina Vicente Arangio Ruíz, *Instituciones de Derecho Romano*, (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986, Traducción de la 10ª edición por J.M. Caramés Ferro), págs. 393 y ss. “El sustantivo *pactum* expresa, como el antiguo verbo *pacere* y también el más moderno *pacisci*, un acuerdo concluido entre dos personas, de las cuales una está vinculada hacia la otra con el fin de disolver o transformar el vínculo”. Pedro Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, (Madrid Ed. Reus, 1965, Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa), págs. 515 y ss. “La convención privada de formas y no concertada a base de una de las causas para las que se requiere formalidad, llámese en general, en la doctrina justinianea, pacto (*pactum, pactio, pactum conventum*), o también, para distinguirlas de las convenciones reconocidas, o sea de los contratos, pacto simple. El pacto simple (*nudum pactum*) no transfiere derechos, no genera obligaciones jurídicamente perfectas: a base de ellas no hay acción”.

447 Alfredo Di Pietro, *Derecho Privado Romano*, (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1999) págs. 189 y ss. “D. 2.14.1.1: Mas dícese pacto de pacción; de dónde también se apellidó el nombre de paz”. Además César Rascón García y José María García González, *Ley de las XII Tablas. Estudio preliminar, traducción y observaciones*. (Madrid, Ed. Tecnos, 1993) págs. 21 y 85. “Tabla 8.2: si alguien rompe un miembro a otro, a no ser que se pacte con él, aplíquese el talión”. “Al cuestionar Gelio (20,1,14 ss.) la posibilidad de aplicar esta ley, plantea un interesante juego de palabras. Se pregunta cómo rompiendo un miembro a otro, aquél que sufrió la rotura puede aplicar una pena equilibrada con la injuria sufrida. Por ejemplo, si se rompe un miembro sin querer, si no hay acuerdo, habrá de rompersele, también sin querer, el mismo al que causó el daño, porque un golpe fortuito y otro premeditado no hacen talión. El precepto debió representar un freno a la venganza privada, tanto para evitar que quedaran impunes las ofensas a los más débiles como para imponer la proporcionalidad en la respuesta de los más poderosos.” Vicente Arangio Ruíz.; *Instituciones de Derecho Romano*, págs. 393 y ss.

expresa que el pacto es el consentimiento y la convención de dos”.

En la época clásica, el *pactum conventum*, era entendido como un acuerdo entre el acreedor y el deudor, tendiente a demorar o dejar sin efecto la obligación, ejemplos de estos tipos de pactos eran el *pactum de non petendo*, es decir, de no reclamar la deuda⁴⁴⁸. Los pretores los admitieron y protegieron de acuerdo a los criterios de buena fe y equidad, así se puede ver en un texto del libro IV de Comentarios al Edicto de Ulpiano que se recoge en el D. 2.14.7.7: “Dice el pretor: mantendré los pactos convenidos que no se hubieran hecho ni con dolo malo, ni contra las Leyes, Plebiscitos, Senadoconsultos, Edictos de los Príncipes, y por los que no se cometa fraude contra cualquiera de ellos”. Por lo tanto, no les otorgó para su protección *acciones* a los *mera pacta conventa* sino *excepciones*, (D. 2.14.7.4 “el nudo pacto no produce obligación, pero produce excepción”)⁴⁴⁹.

Un sentido especial tenían los pactos que se agregaban a los negocios, llamados *pacta adiecta*, que modelaban los efectos de éste. Se podían incorporar en un contrato consensual como la compraventa, el *pactum commisorium*, el *pactum de in diem addictio*, el *pactum displicentiam*, el *pactum de retroemendo*. En esto tenemos una diferencia con los negocios que dan lugar a una *actio stricti iuris*, como el caso de la *stipulatio* o del mutuo, respecto de los cuales no se habla de *pacta adiecta* en la época clásica. En cambio, en los contratos consensuales que provocan un *iudicium bonae fidei*, los pactos *adiecta* integran el contrato, por lo que también son denominados *leges privatae* de él. Es por ello, que son tenidos en cuenta por el *iudex* en el *iudicium bonae fidei*, precisamente porque están en el mismo negocio. Respecto de estos *pacta adiecta*, ya desde la etapa clásica, se hace una distinción entre los llamados *ex continenti* y los *pacta ex intervallo*. Los primeros eran los celebrados inicialmente en el momento de la conclusión del contrato, y de algún modo, respetando los caracteres esenciales del negocio, modificaban el sentido de las obligaciones, en cambio, los *ex intervallo* eran los establecidos después de la concreción del *consensus* inicial y mientras se estaba en la etapa de cumplimiento del contrato. Por ello figuran como pactos separados del negocio tal cual éste se había convenido.⁴⁵⁰

448 Alfredo Di Pietro, *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*; (Buenos Aires, Ed. Ábaco de R. Depalma, 2004) pág. 278. “Tal era el caso típico del *pactum de non petendo*, es decir, aquel pacto por el cual el acreedor con su deudor de que no le reclamará la suma que éste le debe (Gayo, IV, 116 b), o que no se reclamará sino después de que pasen 5 años (Gayo, IV, 122).

449 Federico Fernández de Buján, *Sistema contractual Romano*, (Madrid, Ed. Dykinson, 2004) págs. 235 y 236. “Se considera pacto al mero acuerdo de voluntades sin revestimiento formal. Se basa en la simple voluntad de las partes contratantes. En el Derecho Romano, en la época postclásica se distinguió entre pactos vestidos y pactos nudos, es decir, desnudos. Los primeros son aquellos que excepcionalmente se encuentran dotados de acción, de tal manera, que se hacían exigibles las prestaciones en ellos convenidas. Adquieren eficacia, bien por formar parte de ciertos contratos – *pacta adiecta* –, bien por ser protegidos por los pretores – *pacta praetoria*–, o bien por tener su origen en disposiciones de los emperadores – *pacta legitima*–. Los *pactos nudos*, son aquellos pactos de los cuales no nace acción, como el llamado *pactum de non petendo*, pacto de no reclamar”.

450 Alfredo Di Pietro, *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*, pág. 278. “En el caso de la *stipulatio*, la obligación que se genera está conformada por las palabras empleadas en dicho negocio, en las cuales se pueden establecer determinados aspectos, como por ejemplo los intereses, el lugar de pago, etc., por lo que no existe, por lo menos en el derecho clásico, ninguna eficacia valedera para ejercitar una *actio* en cumplimiento de un pacto que no quede integrada en las palabras mismas empleadas. Lo mismo ocurre con el mutuo, ya que su naturaleza implica que hay que devolver la misma cantidad de cosas, por lo que no resulta exigible, un *pactum usurae* para que el deudor tenga que devolver, en carácter de intereses, más dinero que el que a prestado. Si se hubiera celebrado un mutuo con una *stipulatio*, en la cual estuvieran prometidos dichos intereses, éstos resultarán exigibles por la *condictio* respectiva. Pero si los intere-

Los pactos agregados son calificados en el esquema de la teoría general del negocio jurídico como elementos accidentales, ya que son introducidos por expresa declaración de la voluntad de los contratantes. La declaración del pretor “*Pacta conventa... servabo*” (D. 2.14.7.4), por la que protegía cualquier pacto no encuadrable en algunas de las categorías previstas por el *ius civile*, concediendo una excepción al demandado, ofrece un significado especial respecto de los acuerdos concluidos con ocasión de un contrato consensual, *pacta in continenti adiecta*. En estos casos, la *exceptio pacti* se consideraba inherente a los juicios de buena fe, sostiene Ulpiano en D. 2.14.7.5. Esto significa que, en los casos de *pacta adiecta*, para el supuesto de ser *ex continenti*, éstos no generan acciones, sino que la acción que nace es la del respectivo contrato, que conlleva en sí mismos estos pactos. Por eso, se dice que los *pacta adiecta* “*inesse bonae fidei iudiciis*”, (están contenidos en los juicios de buena fe), y que, a veces (*ex continenti*) forman parte de la misma acción por la cual se reclama en el contrato. En cambio, para los *pacta adiecta ex intervallo*, la consideración es distinta, por cuanto se los considera distintos y autónomos, y valen como simples pactos, no generan acciones, sino solamente excepciones⁴⁵¹.

El vocablo *conventio*, etimológicamente viene de *cum venire*, (venir juntos)⁴⁵², según nos dice el *Thesaurus linguae latinae*: excepto en algunos pocos lugares no se lo encuentra antes de Salustio, resultando más frecuente a partir del siglo III d.C. En algunos textos del siglo I a.C. nos encontramos con expresiones que, si bien no se enuncian con el nominativo *conventio*, podrían ser entendidas por ciertos autores, en el sentido de convenciones. Así en la *Rhetorica ad Herennium* (2,13,19), encontramos que su autor dice que el *ius* proviene de estas partes: de la naturaleza, de la ley, de la costumbre, de la condena en juicio, de lo equitativo y lo bueno, del pacto. Esta lista enumerativa resulta extraña a la mentalidad de los juristas. La mención del *pactum* no nos puede inducir a entender acá el vocablo como contrato, sino que puede ser entendido en el sentido de *nuda pactio*, la que genera excepciones o mejor aún, como *pactum adiectum*, o sea, el agregado a los contratos por

ses se hubieran meramente pactado, dicho pacto no forma parte ni del mutuo ni de la *stipulatio*, razón por la cual “si te hubiere dado 10, para que me debas 11 por la *condictio* sólo te podré reclamar 10” (D. 12.1.11.1) Si bien el pacto no genera una *actio*, sí genera una *exceptio*. Esta valdría en el ejemplo dado”. Alfredo Di Pietro, *Derecho Privado Romano*, págs. 190 y ss. “El *pactum* no productor de acción pero sí de excepción, se contrapone a la *stipulatio*, que sí produce acción para el acreedor.” “Los bizantinos, poniendo en primer lugar la vigencia del *consensus*, admitirán que se puedan agregar pactos a estos negocios. Así, respecto a la *stipulatio*, aprovechando la desvirtuación de este negocio en la época postclásica (D. 12.1.40; D. 2.14.4.3) y extendiéndolo al mutuo (D. 12.1.7). Pero le establecieron un límite, admitiendo los pactos que eran favorables al demandado (*pacta pro reo*), manteniendo una actitud distinta respecto de los que agravaban la situación del deudor, tales como el pacto de intereses D. 2.14.17.pr; D. 12.1.11.1). Sin embargo admitieron la inserción en el mutuo de un pacto *pro actore*, como el pacto de solidaridad activa, que no hace a la naturaleza del mutuo y hubiera requerido una *stipulatio* (D. 46.1.71 pr; C. 4.2.5. pr, 9 y 12) y también el que permite al deudor hacer pagos parciales (D. 22.1.41.1)”.

451 Alfredo Di Pietro, *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*, pág. 278. “D. 2.14.7.5: “Antes bien, a veces forma (el pacto) la misma acción, como en los juicios de buena fe; porque solemos decir que los pactos convenidos se contienen en los juicios de buena fe. Pero esto ha de entenderse así: que si los pactos subsiguieron inmediatamente están comprendidos también por parte del actor; mediando intervalo, ni lo estarán, ni valdrán si demandare, a fin de que el pacto no nazca acción... Sé que lo mismo respondió Papiniano, y que si, mediando intervalo después de la compra, se conviniere alguna cosa extraña a la naturaleza del contrato, no se puede por esta causa ejercitar la acción de compra conforme a la misma regla, para que no nazca acción del pacto; lo que también se habrá de decir en todos los juicios de buena fe. Pero por parte del demandado tendrá lugar el pacto, porque suelen también aquellos pactos, que después se interponen, producir excepciones.” Pedro Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, pág. 515 y ss.

452 Jorge Mosset Iturraspe, *Contratos*, (Buenos Aires, Ed. Ediar, 1998) pág. 21.

voluntad expresa de las partes.⁴⁵³ La palabra *conventio* es entendida a veces por los autores clásicos como un convenio que se identifica con el *pactum*, en donde la convención no genera acciones sino excepciones (D. 2.14.36; D. 2.14.33; D. 43.26.12.pr.). Y en otros supuestos el sentido de *conventio* se dirige a los denominados *pacta adiecta* en los contratos consensuales que tramitan por medio de un *bonae fidei iudicium* (D. 2.14.58; D. 18.5.2; D. 46.3.80; D. 2.14.7.6; D. 18.5.5.1; D. 18.1.72; D. 18.1.9.1; D. 19.2.5.1.pr.).⁴⁵⁴

En la definición de *conventio*, en Ulpiano D. 2.14.1.3, el sentido de la palabra significa el género, consistiendo en el *consensus* por medio del cual dos partes llegan a un acuerdo (*consentiunt*), que puede ser ya para contraer un negocio (*negotii contrahendi causa*), o para excluir una *actio* por medio de una excepción (*ope exceptionis*). El *pactum conventum* es una de las dos especies que este juriconsulto nos da de las *conventiones*, siendo la otra la *conventio* para contraer un negocio. Seguidamente cita a Pedio, el cual no dice que el contrato está fundado en la *conventio*, ni menos aún que se identifica con ella; sólo dice que todo contrato contiene en sí mismo una *conventio*, ya sea de obra o de palabra, es decir que hace referencia a las obligaciones que nacen *re y verbis*, en especial al caso del mutuo y la *stipulatio*. No figuran las *litteris*, ya que estaban en su ocaso, pero tampoco las nacidas, *ex consensu*, las cuales las trata en D.2.14.7.1.⁴⁵⁵ Ulpiano, al tomar como básica la palabra *conventio*, establece tres clases de

453 Alfredo Di Pietro, *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*, pág. 284. “D’ Ors, se expresa a favor de este último sentido, que el *pactum* aparezca frecuentemente en los retóricos como un tipo de documento, en Cicerón, Part. orat. 37, 130, cuando enumera entre las escrituras privadas el testamento escrito (*tabulae*), el documento contractual (*pactum conventum*) y la caución (*stipulatio*); de ahí también que se pueda decir que el *ius* nace del pacto: *ex pacto ius*. Y nos da como ilustración la función del pacto en la fiducia.”

454 Alfredo Di Pietro, *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*, págs. 284 a 287.

455 Alfredo Di Pietro, *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*, págs. 277, 282 y ss, 290 y ss. “Ulpiano al establecer como genérica la palabra *conventio*, está indicando la distinción que encontrará y desarrollará entre las *conventiones*, término que es genérico y que comprende no sólo a los pactos (*nuda pacta*), sino además a las formas de contraer un negocio”. D. 2.14.1.3: “La palabra convención es genérica, perteneciendo a todo aquello sobre que para contraer un negocio o transigirlo consienten los que entre sí lo tratan; porque así como se dice que convienen los de que diversos lugares se reúnen en un mismo lugar, así también los que por diversos movimientos del ánimo consienten en una misma cosa, esto es, se encaminan a un mismo parecer. Mas de tal modo es genérica la palabra convención que como discretamente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que en sí no contenga convención, ya se haga de obra, ya de palabra; porque aún la estipulación que se hace de palabra, es nula sino tuviera el consentimiento”. “Según Sargenti, está muy lejos de atribuir a la *conventio* la función característica del contrato”. “No tenemos elementos para considerar que es lo que realmente lo que se propuso Pedio al habernos de que la *conventio* está presente en todos los contratos, ni tampoco resulta claro por qué, por los ejemplos dados, solamente se refiere al caso del mutuo, en el cual para el nacimiento de la obligación se requiere el traspaso de la cosa, y al de la *stipulatio*, donde son necesarias las formas verbales usuales en este negocio. Tampoco parece que sea este autor quien haya intentado construir una idea generalizada del contrato, basada en la necesaria *conventio*”. En igual sentido opina Gregorio Dillon, “La autonomía de la voluntad y las condiciones generales del contrato de venta en el Derecho Romano y en el Código Civil Argentino”, en *Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano. Fortaleza- Ceará – Brasil*. (Ed. Unifor 2003), pág. 331. Alfredo Di Pietro, “La teoría del *credutum* en Álvaro D’ Ors”, en *el Libro Homenaje a Álvaro D’ Ors*, (Lima- Perú, Ed. Altuve- Febres y Dupuy S.C. R.L., 2001), pág. 102. “Lo que en realidad le ha interesado a Pedio es que hay obligaciones que no son contratos- el contrato es una especie dentro del género *obligatio*-, pero que también son convencionales, por ello es que menciona las nacidas *re o verbis*”. Alfredo Di Pietro, *Derecho Privado Romano*, pág. 189. “Según Ulpiano (D. 2.14.1.3.), la palabra *conventio* es un vocablo genérico que sirve para designar todo negocio, sea para celebrarlo o para transigir. Destaca que el elemento importante es el *consensus*, así como *con-venire* se dice respecto de dos o más personas que acuerdan “venir” y encontrarse en un mismo lugar, en el *consensus* hay un *con-sentire*, cuando por diversos movimientos del ánimo se encaminan a un mismo parecer. Y agrega la cita de Sexto Pedio, según la cual “no hay ningún contrato, ninguna obligación que en sí no

convenciones: las *ex causa publica* y *ex causa privata*, subdividiendo ésta última en *legitima* y en *ius gentium*. Las del primer grupo son ejemplificadas por las que se hacen por tratados de paz, cuando los generales pactan algo entre sí. Respecto de las segundas no define ni ejemplifica a qué llama *conventio legitima*. Las nacidas del *ius gentium*, algunas generan acciones y otras excepciones siendo estas últimas meros pactos (*nuda pacta*). Las convenciones que producen acciones no subsisten con su nombre, sino que pasan al nombre propio de un contrato, como compraventa, locación, sociedad, comodato, depósito y los demás contratos semejantes (D.2.14.7.1)⁴⁵⁶. Si la convención no es admitida con el nombre propio de un contrato pero subsistiera una causa, según le respondió Aristón a Celso, lo mismo hay una obligación. Así te di una cosa, para que me dieras otra. Sería el caso del llamado contrato innominado, en el cual Aristón ve un sinalagma. (Ulp., D. 2.14.7.2.)⁴⁵⁷.

Por lo tanto, la expresión *conventio* era perfectamente adecuada a las ideas con una extensión general, mientras que la expresión *pactum* era dotada en la mayoría de los casos, de un sentido práctico y especial derivado del edicto del pretor.⁴⁵⁸

El vocablo *contractus*, en el sentido jurídico de contrato, no solamente no es usado por ninguno de los autores literarios ni historiadores de la época republicana, ni del período clásico. En latín se conoce el verbo *contrahere*, haciéndose de él muchas aplicaciones, ya sea para referirse a un hecho físico contraer la frente (*contrahere frontem*), respecto al acto de *contrahere captivos* (reunir los prisioneros), o en sentido moral como por ejemplo contraer una amistad (*contrahere amicitiam*). Su primer uso no jurídico del que se tiene noticias es Varro (*de re rust.* 1.68): habla de las uvas, manzanas y frutos que cuelgan, diciendo que se sabe cuando se las puede comer por el cambio de color y su “estado de disecación” (*contractu acionarum*). Y el uso jurídico más antiguo lo encontramos en Aulio Gelio (*Noctae atticae*, 4.4), quien hablando de Servio Sulpicio aplica el vocablo a los *sponsalia*. “Se llama *sponsalia* al contraimiento de las estipulaciones y de las *sponsiones*”. Esto debe ser entendido como un empleo generalizado del verbo *contrahere*. El que creó el sustantivo de *contractus* y lo

contenga una convención, ya se haga de obra, de palabra; porque aún en la estipulación que se hace de palabra, es nula si no tuviera el consentimiento”. “Los bizantinos le dieron prevalencia efectiva al *consensus*, es decir al aspecto subjetivo del negocio por encima de la naturaleza objetiva de las prestaciones obligacionales”.

456 Alfredo Di Pietro, “La teoría del *credium* en Álvaro D’Ors”, en *el Libro Homenaje a Álvaro D’Ors*, pág. 102. “Ulpiano menciona los casos del Edicto XXIX, aunque alterando el orden del mismo, y cambiando el de *mandatum* por el de *commodatum* que carecía de una fórmula *in ius*.”

457 Alfredo Di Pietro, *Derecho Privado Romano*, pág. 189. Alfredo Di Pietro, *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*, págs., 291 y ss. “Respecto de la *conventio legitima*, Ulpiano no nos dice de que se trata. Sólo figura el texto de Paulo en D. 2.14.6, el que dice que la convención legítima es la que se confirma por alguna ley, y por lo tanto, a veces del pacto nace o se pierde una acción, siempre que esté apoyado en ley o senadoconsulto. Dentro de la línea consensualista, fueron los compiladores justinianos quienes agregaron la mención de las *conventiones legitimaes*, estableciendo que nacían por la fuerza obligatoria de determinadas Constituciones Imperiales. Suelen mencionar como ejemplos: el pacto dotal, el pacto de donación y el *compromisum arbitral*. (llamados pactos legítimos). Para Ulpiano, estas convenciones mencionadas, son *conventiones legitimaes*.” “En el D. 2.14.1.4, los ejemplos de convenciones negociales mencionadas no significa que todas sean contratos. Se está refiriendo en general a las *conventiones* y lo único que nos dice es que en su mayoría no se las llama meramente convenciones sino que pasan a tener otro nombre. Ello resulta claro en D.2.14.7.1, donde se establece que las convenciones que provienen del *ius gentium* y generan acciones no subsisten con su nombre sino que pasan al nombre propio de un contrato”.

458 Teresa Estévez Brasa, “Los *pacta* en el Derecho Romano y su recepción en el Código Civil Argentino”. *La Ley* (1986) –E. pág. 1073.

popularizo fue Gayo en sus *Institutas*, y lo hizo para explicar a sus alumnos el problema de la fuente de las obligaciones, recurrió a la expresión *contrahere obligationem* (contraer una obligación). Así como para la otra fuente existía una palabra precisa como ser *delictum, o maleficium*; para hablar de las formas voluntarias de contraer una obligación realizó un deslizamiento del verbo *contrahere* al participio pasivo *contractum* (lo contraído) y de allí resultó fácil gramaticalmente el paso al sustantivo *contractus*. A continuación se refiere a lo que comúnmente se entiende que son clases de contrato y en realidad está hablando de las “obligaciones contraídas”. Deja de usar el nominativo para decirnos que hay cuatro géneros de obligaciones: obligaciones contraídas por la cosa (*re*), por palabras (*verbis*), por escritos (*litteris*) o por el consentimiento (*consensu*). Con ello regresa al uso que era normal para su época de *contrahere obligationes* ya que en los negocios existen esas cuatro formas pero no significa que todas esas sean propiamente “contratos” en el sentido que hoy día se le da al vocablo. Es decir que luego de haber sustantivizado *contractus* no utiliza las expresiones *contractus re, verbis, litteris, consensu*, sino que habla de las obligaciones.⁴⁵⁹

Otra interpretación surgió de una cita de Labeón, recordado por Ulpiano, (D. 50.16.19.), que no parece haber sido objeto de mayor manipuleo por los compiladores. Se dice allí que algunos asuntos “se hacen”, es decir se realizan por un *actum*, como cuando se hacen por palabras (*verbis*) en la *stipulatio*, o por la entrega de una cosa (*re*) como en el mutuo. También debió haber figurado lo hecho por escrito (*litteris*) suprimido por los compiladores. Otras “se gestionan”, son hechos de los que nacen obligaciones sin haberse convenido un acto previo (*negotiorum gestio*). Y otras “se contraen”, esto ocurre cuando “la obligación se contrae en forma recíproca de uno respecto del otro”, como ocurre en la compraventa, en la locación, en la sociedad (y debió haber agregado el mandato). A diferencia de lo expresado por Gayo, Labeón nos da un concepto restringido del *contractus*, aplicado a los contratos consensuales que son aquellos que los griegos denominaban propiamente *synallagma*, ya que son negocios bilaterales de los que surge la reciprocidad de las obligaciones (*ultra citroque obligatio*). Éstos por ser “sinalagmáticos” son propiamente contratos⁴⁶⁰.

Por lo tanto, podemos decir que surgieron dos concepciones del contrato, una amplia referida a los actos jurídicos por los cuales se contraen voluntariamente obligaciones (Gayo) y la otra restringida referida solamente a los contratos sinalagmáticos (Labeón).

En el período romano-helénico la esencia que diferenciaba el contrato de la convención y del pacto fue oscurecida, la distinción desapareció en el Derecho Justiniano, perdiéndose en el Derecho Medieval. El resultado sustancial fue que, salvo las causas expresamente vedadas, todo negocio efectuado entre las partes en el Derecho Moderno, viene a ser reconocido como contrato, es decir que, generalmente se engendra una obligación a base del mero consenso.⁴⁶¹

459 Alfredo Di Pietro, *Derecho Privado Romano*, págs. 188 y ss. “No se corresponde con el lenguaje coloquial para ser referido a un negocio, lo comprobamos al encontrarlo ausente en autores como César, Cicerón, Salustio, Livio, Tácito, Suetonio, y en los dos Plinius (*maior* y *minor*).” “Para otorgarle una congruencia lógica, cabría sospechar que ha utilizado el vocablo *contractus* como “contraimiento de obligaciones”, pero al establecer el nominativo *contractus* para todos los negocios establecidos entre dos personas, se estableció un uso posterior que se generalizó por los bizantinos, para que el contrato fuere la denominación genérica para designar convenciones bilaterales establecidas por las partes”.

460 Ibid.

461 Pedro Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, pág. 520 y ss. “Por esto en el Derecho Moderno la causa contrac-

Fue a partir del derecho bizantino que se acentuó el elemento común del *consensus*, lo cual alcanzó su punto culmine en Teófilo, (Paráfrasis, 3.13.2), que define el contrato como *conventio* y *consensus* dirigido a la constitución de obligaciones, por lo tanto todo contrato conlleva una convención.⁴⁶² Es decir, que gracias a la reelaboración de los bizantinos, las definiciones que comprenden en el concepto de *pactum*, de otra manera llamada *conventio*, todos los contratos nominados e innominados y además los acuerdos excluidos del amplio sistema contractual justiniano; a ello se debe la minuciosa doctrina de los *pacta adiecta* con sus distinciones.⁴⁶³

III- LOS PACTOS EN EL DIGESTO, LIBRO II, TÍTULO XIV.

Este texto es muy complejo, dado que los compiladores, según se sospecha, debieron haberlo manipulado, si bien lo ahí dicho debió corresponder en mucho a lo afirmado por Ulpiano. La rubrica del Título XIV, del Libro II del Digesto es “*De Pactis*” (Sobre los Pactos). Está precedido por el Título XIII “*De edendo*”, es decir, tratando las cuestiones preliminares del juicio, y continuado por el Título XV “*De Transactionibus*”, sobre las transacciones, esto tiene su lógica, ya que uno de los principales casos de pactos es la *transactio*. En el Código en el Libro II, Título III, se nos presenta la misma rúbrica “*De Pactis*”, seguida por otra “*De Transactionibus*”, en el Título IV. Quizás, como lo propone Á. D’Ors, lo más probable es que la rúbrica dijera “*De pactis conventis*”, dado que *conventum* es un adjetivo que generalmente califica al *pactum*. (*Pactum conventum* = pacto convenido). Lo cierto es que Ulpiano no sólo habla de los *pacta conventa*, sino que plantea el tema de las convenciones. En los textos postclásicos, como ocurre en *Consulatio* (4,3), las dos rúbricas aparecen unidas “*De Pactis et conventionibus vel transactionibus*”, al igual que en las *Pauli Sententiae* (1,1).⁴⁶⁴

tual casi desaparece, y ha pasado a segunda línea con respecto al consenso, y donde en el Derecho Romano constituye la causa objetiva del reconocimiento jurídico, los modernos la refieren al motivo subjetivo de las partes, la contraprestación o hasta el espíritu de liberalidad. Por ello, también el nombre de convención se ha hecho sinónimo de contrato, y el contrato mismo se ha hecho unja categoría general y abstracta, en la que prevalece el significado del acuerdo”.

462 Alfredo Di Pietro, *Derecho Privado Romano*, págs. 188 y ss. “El consentimiento, este aspecto subjetivo de la voluntad de las partes tuvo en el derecho bizantino una especial relevancia”. “El sistema cerrado de contratos no se basó en la mera expresión de la voluntad verificada en el *consensus*. Había que atender siempre a la causa. Cuando no hay causa no puede constituirse una obligación (Ulp., D. 2.14.7.4). Esta causa, tiene que ser admitida por la protección jurisdiccional de una *actio* y las características de cada contrato es la que determina cuando este se perfecciona”.

463 Vicente Arangio Ruíz, *Instituciones de Derecho Romano*, pág.395. Alfredo Di Pietro, *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*, págs., 310 y ss. “De este modo, con la elaboración doctrinaria de la *natura contractus*, los bizantinos buscaron ampliar la posibilidad de vigencia de los pactos en los negocios contractuales. Pero también hay que dejar aclarado que con ello no llegan de ningún modo hasta el extremo de afirmar la libertad contractual sobre la base consensualista de que todo acuerdo entre las partes, es decir, la *conventio*, es directamente un contrato; sino que han conservado la tipicidad de las distintas figuras (incluidas también en la forma limitada por la cual admiten los contratos innominados, dependientes siempre del cumplimiento de una de las prestaciones de *datio*). Rotondi dice en “*Natura Contractus*”, en *Scritti Giuridici, T. II*, pág. 219 y ss. “Todo contrato tiene por la ley (entendida como *ius*), un contenido típico, que forma su naturaleza normal. Pero se admite que esta naturaleza se amplíe, se restrinja, se transforme, tomando norma en la voluntad de las partes; y lo admite con tanta amplitud como para justificar expresiones generales del tipo de las ya recordadas, de tal modo que los pactos suelen cambiar la *natura contractus*, siendo que la *natura contractus* desciende del pacto”.

464 Alfredo Di Pietro, *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*, pág. 276.

IV-EL SIGNIFICADO DE LOS TÉRMINOS CONVENCION, CONTRATO Y PACTO EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO SEGÚN VÉLEZ SARSFIELD.

Según el art. 1137 del Cód. Civil Argentino, hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de la voluntad común, destinada a reglar sus derechos.

Hay que preguntarse si contrato y convención son sinónimos en la terminología jurídica. Del punto de vista etimológico contrato deriva de contraer (obligaciones); por consiguiente, parece apropiado circunscribir este concepto a los acuerdos de voluntades cuyo objeto es crear o modificar obligaciones entre las partes. Convención, en cambio, comprende todo acuerdo destinado a crear, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones, éste sería el género y el contrato la especie. En este sentido se pronuncian algunos autores citados por nuestro codificador en la nota al artículo antes mencionado. Así, Freitas, es el más claro en la materia y expresa que “habrá contrato, cuando dos o más personas acordasen entre sí alguna obligación u obligaciones recíprocas a que correspondan derechos creditorios, es decir que una de las partes se constituye deudora, y la otra acreedora, o que ambas sean recíprocamente deudores y acreedores”. Por lo que la idea de contrato presupone una idea superior de convención. Por otro lado Aubry y Rau define “convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, y un contrato es la convención en que una o muchas personas se obligan hacia una o muchas personas a una prestación cualquiera”. Duranton, “distinguiendo las convenciones de los contratos, dice que ellas no comprenden sólo a los contratos, sino que abrazan todos los pactos particulares que se les pueden agregar. Todo contrato es una convención; pero no toda convención, aunque tenga efectos civiles, es contrato. La palabra convención es un término genérico que se aplica a toda especie de negocio o cláusula que las partes tengan en mira. Además cita a Pothier y el artículo 1101 del Código de Napoleón, que define “el contrato como la convención por la cual una o más personas se obliga, con otra u otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. Pero, en esta definición, el contrato es cualquier derecho, sea o no patrimonial.⁴⁶⁵

Vélez se inclinó por el concepto de Savigny, de Maynz y Domat, citados en dicha nota, para los cuales contrato y convención jurídica son términos equivalentes. Savigny, opinaba “que es preciso, tener en consideración el objeto de la voluntad, que para que derive en contrato tiene que ser relativo a una

465 Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II*, (Buenos Aires, Ed. Perrot, 1998) pág. 103. Guillermo Borda, *Manual de Contratos*, (Buenos Aires, Ed. Perrot, 1983) págs. 7 y ss. Raymundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino: Fuentes de las Obligaciones. Tomo I*, (Buenos Aires, Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1957) págs. 19 y ss. Attilio Altieri, Oscar Ameal, Roberto López Cabana, *Derecho de las Obligaciones*, (Buenos Aires, Ed. Abeledo – Perrot, 1996), pág. 652. “El Escobo, distinguió con claridad el contrato, la convención jurídica y la simple convención: “habrá contrato cuando dos o más personas acordasen entre sí alguna obligación u obligaciones recíprocas, a que correspondan derechos creditorios; o la modificación de tales obligaciones” (art. 1830); “si acordaren entre sí la extinción de tales obligaciones, u obligaciones a que no correspondan derechos creditorios, que puedan sin embargo ser judicialmente demandadas, u otras relaciones regidas por este Código, habrá una convención jurídica, pero convención y no contrato” (art. 1831); “si acordasen relaciones no regidas por este Código, u obligaciones que no pueden ser judicialmente demandadas, o hechos que no producen obligaciones, habrá una convención, pero convención que tampoco es contrato”(art. 1832)”. Sandro Schipani, *Código Civil de la República Argentina. Con la traducción de Idelfonso García del Corral de las Fuentes Romanas citadas por Dalmacio Vélez Sársfield en las notas*, (Buenos Aires, Ed. Rubinzal- Culzoni, 2007) págs. 391y 392.

relación de derecho. Si pues, dos personas acuerdan sostenerse mutuamente por sus consejos en la adquisición de una ciencia, o de un arte, sería impropio dar a este acuerdo el nombre de contrato, porque en este caso, la voluntad no tiene por objeto una relación de derecho”, la diferencia radica entonces en el carácter jurídico del objeto. Maynz, por su parte, consideraba que “los contratos son aquellas manifestaciones de voluntad que tienen por objeto crear o extinguir obligaciones, en el mismo sentido opinaba Domat, pero concebía en forma más amplia el universo del contrato.⁴⁶⁶

Pero se plantea una controversia porque el art. 1169 del C. Civ. establece que la prestación objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria. La expresión contrato se reserva a los negocios de contenido patrimonial y convención se aplica no sólo a los patrimoniales sino también a los extrapatrimoniales. La norma citada dice “puede” y no “debe”, por consiguiente, el artículo mencionado no limita el concepto de contrato a las convenciones de carácter patrimonial, sólo hay una coalición entre el art. 1137 y 1169 que debe resolverse en el sentido amplio que le asigna al concepto de contrato definido en el art. 1137 del Código Civil. La redacción que utilizó nuestro codificador, Vélez, al definir el contrato en este artículo del Código Civil Argentino no fue feliz, puesto que en ella se incluye toda declaración destinada a reglar los derechos de las partes, fórmula no sólo comprensiva de los pactos que crean derechos, sino también de los que los modifican o extinguen; desde este punto de vista nuestra legislación no hace distinción entre contrato y convención.⁴⁶⁷

La convención es el acuerdo. También el pacto, el convenio, la estipulación (no la romana) genérica, lo tratado por las partes, no el tratado sino el trato, el contrato. Pero no hay sinonimia, la convención es el presupuesto del contrato, los términos en que ese contrato tendrá vida jurídica⁴⁶⁸.

Llambías sostiene que acto jurídico, convención y contrato, son expresiones de la voluntad que están en una línea progresiva de particularización. El concepto más amplio es el de acto jurídico que se refiere al hecho humano voluntario lícito efectuado con el fin inmediato de establecer relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos (art. 944). Dentro de ese género,

466 Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II*, pág. 103. Teresa Estévez Brasa, “Los pacta en el Derecho Romano y su recepción en el Código Civil Argentino”. *La Ley* 1986 –E, pág. 1072. “Savigny da la siguiente definición de contrato, es el acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas”. Guillermo Borda, *Manual de Contratos*, págs. 7 y ss. Raymundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino: Fuentes de las Obligaciones. Tomo I*, págs. 19 y ss. Sandro Schipani, *Código Civil de la República Argentina. Con la traducción de Idelfonso García del Corral de las Fuentes Romanas citadas por Dalmacio Vélez Sársfield en las notas*, págs. 391 y 392.

467 Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II*, págs. 103 y ss. Guillermo Borda, *Manual de Contratos*, págs. 7 y ss. “Cuando hablamos de convención, nos referimos a la que tiene carácter jurídico, es decir, aquella que tiene por objeto reglar los derechos de las partes y no a la convención simple o no jurídica que es un acuerdo de partes sobre relaciones ajenas al campo del derecho.” Roque Garrido y Jorge Zago, *Contratos Civiles y Comerciales. Parte general*, (Buenos Aires, Ed. Editorial Universidad, 1993) pág. 35. “La postura de nuestro codificador ha sido relativamente restrictiva, pero en el artículo 1137 en cambio ha definido al contrato en el sentido asignado a la convención jurídica, yendo aún más allá de quienes interpretan que el contrato permite no sólo crear sino también modificar, transformar y extinguir obligaciones patrimoniales jurídicamente exigibles”.

468 Teresa Estévez Brasa, “Los pacta en el Derecho Romano y su recepción en el Código Civil Argentino”. *La Ley* (1986) –E, pág. 1075.

la convención abarca los actos jurídicos bilaterales, y dentro de éstos son contratos los que tienen contenido obligacional, es decir las convenciones que crean, modifican, o extinguen obligaciones, en el sentido técnico que tiene el concepto.⁴⁶⁹

La doctrina moderna, aunque muy dividida a cerca del alcance de las figuras jurídicas, distingue entre contrato, convención y pacto. La convención es el género aplicable a toda especie de acto o negocio jurídico bilateral, que las partes tengan en mira, ya sea que se trate de negocios patrimoniales o familiares. El contrato, actúa aunque con amplitud, en el campo de las relaciones jurídicas creditorias u obligacionales. El pacto, según la tendencia prevaleciente, alude a las cláusulas accesorias que modifican los efectos normales o naturales de los contratos típicos, o sea, a aquellos efectos previstos por el legislador de un modo supletorio y que las partes pueden excluir o bien ampliar o reducir, (ej. pacto comisorio, en la teoría general y los previstos para la compraventa: pacto retroventa, reventa, mejor comprador, etc.).⁴⁷⁰

El contrato al que alude el Libro II, Sección III, Título I, del Código Civil es generador de obligaciones. Las figuras que allí aparecen son fuentes de las obligaciones, con la sola excepción de la sociedad conyugal, cuya defectuosa ubicación se explica por que Vélez la creyó asimilable a la sociedad como contrato *strico sensu* (art. 1262).⁴⁷¹

V- EL PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA EN EL DERECHO ROMANO Y SU RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.

Entre los caracteres genéricos de los sistemas jurídicos de la antigüedad, el formalismo es el que tuvo una mayor incidencia en la regulación jurídica de las obligaciones contractuales. Su presencia definió la inexistencia de un concepto abstracto de contrato y en su ausencia, la aparición de un elemento de distintas formas de creación de obligaciones jurídicas, en función del modo predeterminado en que se produjeran los acuerdos entre las partes. La sanción jurídica de estos acuerdos se garantizaba a través de las acciones judiciales que se reconocían a los particulares para exigir su cumplimiento. La forma, en principio, tenía carácter ritual, ya que era el sacerdote la máxima autoridad encargada de imponer coactivamente cualquier actuación. Al separarse las funciones religiosa y jurídica, siguieron siendo indispensables los signos externos para que lo pactado resultase exigible ante las autoridades. El formalismo en los vínculos jurídicos privados no fue sino una consecuencia de la indeterminación entre las vertientes sustantiva y procesal del derecho, que tuvo una de sus manifestaciones más

469 Atilio Alterini, Oscar Ameal, Roberto López Cabana, *Derecho de las Obligaciones*, pág. 652.

470 Jorge Moeset Iturraspe, *Contratos*, págs. 27 y 28.

471 Atilio Alterini, Oscar Ameal, Roberto López Cabana, *Derecho de las Obligaciones*, págs. 652 y 653. Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II*, págs. 104 y ss. "La Sección Tercera, del Libro Segundo lleva por título "De las Obligaciones que nacen de los contratos"; en los primeros artículos se reúnen las disposiciones generales sobre los contratos y luego se trata de los contratos en particular, entre los que se incluye la sociedad conyugal. Lo más importante del método del Código es la reunión de las disposiciones comunes a todos los contratos en un título preliminar que constituye una verdadera teoría general de los contratos. Este título se ha separado del conjunto de las obligaciones en general, inspirándose en el Código francés y en Freitas, criterio seguido luego por el Código Civil brasileño y el italiano".

importantes al momento en que se desacralizaron las fórmulas negociales, en el nacimiento de la jurisdicción voluntaria.⁴⁷²

En Roma, en la etapa del derecho arcaico, la voluntad no tenía el papel soberano que más tarde adquiriría. No bastaba por ella misma, era indispensable el cumplimiento de las formas legales, no era sólo una cuestión de prueba. Primaba el concepto de que la mera voluntad no bastaba para crear obligaciones sino recibía el apoyo de la ley, para lo cual debían cumplirse las formalidades que ésta establecía.⁴⁷³ Es decir, que el sistema romano, no se basó en la mera expresión de la *voluntas* en el *consensus*, había siempre que atender a la causa, cuando no hay causa no puede constituirse una obligación (D. 2.14.7.4), y a su vez esta causa tiene que ser admitida por la protección jurisdiccional de una *actio*.⁴⁷⁴

Los orígenes del principio *Pacta sunt servanda* son remotos. En el D. 50.16.219, Papiniano expresaba que “en las convenciones se atiende a la voluntad de los contratantes más bien que a las palabras.”⁴⁷⁵

Además los juristas suelen mencionar el contenido del Edicto del Pretor, bajo la caracterización de este principio general, entendido como todos los pactos, como acuerdos de voluntad deben ser mantenidos y aplicados, puesto que incluso Ulpiano en D. 2.14.1.pr, manifestaba: “es natural la equidad de este Edicto. Porque ¿qué cosa hay tan conforme a la fe humana, como cumplir los hombres lo que entre sí pactaron? Sin embargo, de la lectura de D. 2.14.7.7 no surge generaran acciones para su cumplimiento. Entonces ¿a qué pactos se refiere? El pretor se refirió aquí a los

472 Amanda Kees, “La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del Derecho Civil”, en la Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, (Santa Fe- Argentina, Ed. UNL, 2005) pág. 239. “En los procedimientos de jurisdicción voluntaria, las partes, buscando para sus acuerdos los caracteres de irrevocabilidad, firmeza y ejecutoriedad, con el fin de dar mayor juridicidad a ese derecho surgido de la obligación contraída, utilizaba las antiguas fórmulas del proceso ficticio. No hubo por tanto, en este primer período un contrato como figura abstracta, sino únicamente distintas formas de generar obligaciones, varios tipos contractuales, cuyo número fue creciendo junto al desarrollo de las comunidades y de las necesidades de tráfico de los sujetos privados.”

473 Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II*, pág. 106. Guillermo Borda, *Manual de Contratos*, pág. 13.

474 Alfredo Di Pietro, *Derecho Privado Romano*, pág. 188. “El dogma modernista de la “autonomía de la voluntad” el cual las partes pueden establecer cualquier contrato simplemente porque éstas lo han convenido, no se da en el Derecho Romano y menos en muchos códigos modernos, de que por un contrato no solo se puede hacer nacer, sino también modificar o extinguir obligaciones. El sistema contractual romano se reduce a una serie limitada de “causas”, de tal modo que cada una de ellas corresponde a una *actio*. La mera convención nada es sin la causa”. Marco Risolía, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, (Buenos Aires, Ed. Abeledo- Perrot, 1958) págs 54 y ss. “Se remonta al pensamiento aristotélico la idea de contrato como ley hecha por los particulares en vista de un asunto determinado, sosteniendo que el derecho antiguo conoció la autonomía de la voluntad. Su argumentación se sustenta en que en el derecho romano, su ritualismo litúrgico y los derechos de los pueblos germánicos de idéntico formalismo se invalidaban las convenciones desprovistas de *nomen* o de causa; pero no se negaba la potencia original que surge de la voluntad autónoma”. Amanda Kees, “La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del Derecho Civil”. *Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, pág. 240. “Los romanos de ésta época optaron por interpretar las relaciones jurídicas desde la perspectiva de la *actio* y no del derecho, por cuanto estos carecían de teoría elaborada, lo que no sucedía con las acciones.”

475 Leonardo Colombo, “El contrato dirigido y el retorno a la autonomía de la voluntad. *La Ley 45,807*. Obligaciones y contratos doctrinas esenciales, Tomo IV, (01/01/2009), pág. 269. “Si nos remontamos a épocas más lejanas esta norma figura en el Manava Dharma Sastra, conocido como leyes de Manú, en él se encuentran versículos que revelan la existencia implícita de la libertad de contratar siempre que se respetasen las imposiciones de la costumbre.”

pactos que generan *excepciones*. Por ello es que establece que estos pactos serán respetados y aplicados siempre y cuando no se encuentren en ellos ni dolo malo, ni nada contra las disposiciones legales que produzcan un fraude.⁴⁷⁶

En el Derecho Intermedio, en las Siete Partidas, el tema es abordado en forma directa y son citadas por Vélez en la nota al artículo 1197 del Cód. Civil. La Partida V, Título XI, Ley I, al referirse a la promission dice que es “*el otorgamiento que fazen los omes unos con otros, por palabras e con entención de obligarse, auniendose sobre alguna cosa cierta, que deuen dar, o fazer, unos a otros. E tiene gran pro, a las gentes, quando es fecha derechamente, e con razon. Ca aseguran a los omes, los unos a los otros, lo que prometen e son tenudos de lo guardar. En fazese desta manera; estando presentes amos los que quieren fazer el pleyto de la promission, e diziendo el uno al otro: Prometesme, de dar, o de fazer tal cosa; diciendola señaladamente, e el otro respondienddo, que si promete, o que lo otorga de cumplir. E respondienddo por estas palabras, o por otras semejantes dellas, finca por ende obligado, e es tenudo de cumplir lo que otorga, o promete de dar, o de fazer: e maguer los que fazen tal pleyto non fablassen amos un lenguaje, como si el uno fablase latino, e el otro arauigo, vale la promission; solamente que se entienda el uno al otro, sobre la pregunta, e respuesta. Esso dezimos, que seria, si fuessen amos de dos lenguajes, maguer non lo entendiessse el uno al otro, e estando amos presentes firmassen el pleyto entre si por alguna trujamania, en que se auiniessen amos a dos, valdria la promission tambien como si se entendiessen, los que fazen el pleyto*”. El mismo concepto se encuentra en su esencia en la Partida V, Título V, Ley VI, referente a la compraventa, diciendo que “*compra e vendida se puede fazer en dos maneras. La una es con carta, e la otra sin ella, e la que faze con carta, es quando el comprador dize al vendedor: quiero, que sea desta vendida carta fecha. E la vendida que desta guisa es fecha, maguer se auengan en el precio el comprador, e el vendedor, non es acabada, fasta que la carta sea fecha, e otorgada: porque ante desto puede arrepentir cualquier dellos. Mas despues que la carta fuesse fecha, e acabada con testigos, non se podria ninguno dellos arrepentir, nin yr contra la vendida, para desfazerla. E sin carta se podria fazer la vendida, quando el comprador, e el vendedor, se avienen en el precio, e consienten amos en ello. Assi que el comprador e el vendedor, se pagan cada uno de la cosa, e del precio, non faziendo mencion de carta. Ca entonces dezimos que seria acabada la vendida que assi fiziessen, maguer non diesse señal ninguna el comprador al vendedor, porque serian ambos tenudos de cumplir el pleyto, que assi ouiesse puesto*.”⁴⁷⁷

Se ha sostenido que la gran creación de la modernidad ha sido el hombre libre, autorregulador de

476 Alfredo Di Pietro, *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*, págs. 280 y ss. “Esta reserva era algo que no correspondía indicar para los *pacta adiecta*, que forman parte del contenido de contratos consensuales, los cuales se tramitan por medio de un *bonae fidei iudicium*, ya que en éste es el propio juez quien tiene la potestad de rechazar todo *pactum adictum* que contuviera algo doloso, ilícito o fraudulento. El pretor se refirió aquí a los pactos de exclusión de acción, principalmente a la *transactio* y no a los *pacta adiecta*, que quedaban sancionados por las mismas acciones de buena fe. Esto explicaría la ubicación del Edicto en sede procesal, donde se trataba de los preliminares del proceso. En el Libro II, Título XV, se trata el tema de las *Transacciones*. Al respecto, Lenel, había observado que tanto en este Edicto *De Pactis*, como en el de *quod metus causa*, con el anuncio allí efectuado “*pacta conventa...servabo*”, se ofrecía algo más que una simple *exceptio*. Ello ha hecho pensar a Magdelain, en la posibilidad de una *actio*. Pero de ahí no se deduce que tal anuncio se refiera a verdaderas acciones, las cuales no se encuentran en el Edicto Pretorio. Lenel aclara que lo que hacía el pretor en “*De Pactis*” era la defensa de los pactos por dos trámites posibles, la *exceptio* que podía argüir el demandado y la *denegatio actionem*, por la cual el pretor, ante la presencia del *pactum*, podía rechazar la acción (D. 44.5).”

477 Leonardo Colombo, “El contrato dirigido y el retorno a la autonomía de la voluntad”. *La Ley 45,807. Obligaciones y contratos doctrinas esenciales*, Tomo IV, (01/01/2009), pág. 269. Marceo Martínez Alcubilla, *Códigos Antiguos de España, Tomo I*, (Madrid 1885, Ed. Administración Arco de Santa María, 41 Triplicado principal, 1885), pags. 547 y 528.

su vida y sus intereses. El pensamiento francés del siglo XVIII, sobre todo en la obra de Rousseau, El contrato social, fue construyendo la noción que lo desataba de las tradicionales ataduras con el monarca y le daba a sus decisiones el valor supremo. La corriente política, desde entonces hasta nuestros días, hizo de la voluntad humana el sustento de toda obligación. En la versión anglosajona, de esta línea de pensamiento, prevaleció la idea individualista, que fundamenta todo avance en la creatividad y en la decisión del hombre como dueño de sí mismo. Pruebas de esta concepción develan los planteos de los contractualistas clásicos de John Locke, Thomas Hobbes, o más moderadamente John Rawls o Ronald Dworkin. Emanuel Kant, en la escuela alemana, predicaba “cuando alguien decide algo con respecto a otro, es siempre posible que cometa cierta injusticia, pero toda injusticia es posible cuando decide para sí mismo”. Así, el consensualismo, acogido como fundamento de las relaciones en el contorno del Derecho Privado, acuñó en las obras de Domat y Pothier el axioma a tenor del cual “*solus consensus obligat*”. Esta consideración suprema de la voluntad humana es lo que la tradición jurídica contractual ha concebido como el principio de autonomía de la voluntad o como el poder de la voluntad de ser el órgano productor de derecho. El pensamiento capitalista clásico afirma que el hombre es dueño de su voluntad y nadie mejor que él para conocer sus necesidades y el modo de subvenir las. El papel del estado es respetar y proteger esa voluntad.⁴⁷⁸

El siglo XIX fue testigo de la máxima exaltación de la voluntad individual como poder jurígeno. El nuevo orden instaurado por la Revolución Francesa hizo concebir a sus teóricos la ilusión de una sociedad compuesta por hombres libres, fuertes y justos. El ideal era que esos hombres regularan espontáneamente sus relaciones recíprocas. Toda intervención del Estado que no fuere para salvaguardar los principios esenciales del orden público, aparecería altamente dañosa, tanto del punto de vista individual como social. Los contratos valían porque eran queridos; lo que es libremente querido es justo, decía Fouille. Esta confianza en el libre juego de la libertad individual, en el contractualismo, trascendió del derecho privado al público. La sociedad fue concebida como resultado de un acuerdo entre los hombres.⁴⁷⁹

El Código de Napoleón de 1804, recogió el principio de autonomía contractual reconociéndolo plenamente en el artículo 1134, el mismo dice, “las convenciones legalmente formadas sirven de ley para las partes”, y agrega en el artículo 1135 “y obligarán no sólo a lo que expresen, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley atribuyen a la obligación según su naturaleza”.⁴⁸⁰

478 Amanda Kees, “La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del Derecho Civil”, en la *Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, págs. 242 y ss. “Todos estos autores parten de la premisa originaria consistente en la imprescindibilidad de un acuerdo fundacional previo al Estado, que difiere en su índole según los autores, pasando por un acto de voluntad colectiva a una organización superadora de los equívocos de aquella situación primitiva. El Estado mismo es, entonces, una creación de la voluntad del hombre.”

479 Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II*, págs. 106 y ss. Guillermo Borda, *Manual de Contratos*, pág. 14. Amanda Kees, “La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del Derecho Civil” en la *Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, pág. 243. “La Revolución Francesa le dio a la autonomía de la voluntad carta de ciudadanía y la codificación del derecho civil la consagró definitivamente, en el siglo XIX, bajo la influencia de factores de diversa índole.”

480 Leonardo Colombo, “El contrato dirigido y el retorno a la autonomía de la voluntad”. *La Ley 45,807*. Obligaciones y contratos doctrinas esenciales, Tomo IV, (01/01/2009), pág. 269. Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II*, pág. 106. Guillermo Borda, *Manual de Contratos*, pág. 14. Amanda Kees, “La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del Derecho Civil” en la *Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, pág. 244.

Vélez recogió la idea del art. 1134 del Código de Napoleón, en el art. 1197 del Código Civil Argentino, pero modificándola ligeramente y mejorándola, **“las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”**. Este es el reconocimiento pleno del principio de la autonomía de la voluntad: el contrato es obligatorio porque es querido, la voluntad es la fuente de las obligaciones contractuales, reina soberana en todo este sector del derecho⁴⁸¹.

Nuestro codificador tomó el artículo de Marcadé, la fórmula allí expresada significa que las convenciones no tienen el lugar de la ley, ni hacen la ley, ni son la ley. Tan sólo forman una regla privada que obliga como la ley, es obvio que se afirma la raíz moral de la fuerza obligatoria del contrato y únicamente sobre el fundamento de una obligación moral como lo quiere Ripert, la obligación civil permanece incólume. Los contratos concluidos con entera libertad deben cumplirse por las partes. Corresponde hacer honor a la fe empeñada. He aquí es sustrato ético del artículo 1197 del C. Civil Argentino y del artículo 1134 del C. Civ. Francés.⁴⁸² Harol J. Lasky decía que “todo el mundo sabe que la vida es imposible si los hombres no cumplen sus promesas” y Sumner Maine opinaba que “el deber de mantener la propia palabra es una de las conquistas más lentas de la civilización”.⁴⁸³

El principio voluntarista del *pacta sunt servanda* vertido en este artículo, representa uno de los parámetros liminares de nuestro sistema contractual. La regla que establece que la palabra dada libremente por las partes debe ser respetada no puede ser aplicada de forma mecánica ni indiscriminada, puesto que dentro del mismo ordenamiento existen otras normas rectoras que el juzgador tiene también el deber de no omitir.⁴⁸⁴

La fuerza obligatoria del contrato queda equiparada a la de la ley, de allí se desprenden las siguientes consecuencias: 1) Las convenciones o estipulaciones del contrato, salvo las limitaciones, deben prevalecer sobre las disposiciones de la ley, los usos y costumbres en los casos que tiene valor legal. 2) Los jueces y tribunales deben hacer respetar y cumplir las convenciones y estipulaciones de los

481 Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II*, pág. 107.

482 Marco Risolía, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, págs 60 y ss. “Se establecen dos premisas: 1) Que la locución que nos ocupa recogida en los textos aludidos, no puede conducir a una equiparación simple, fomentada por el exceso revolucionario, pero carente de toda verosimilitud. 2) Que ella involucra la ponderación jurídica de una regla moral, que la ley recoge tras un proceso lento pero seguro de la espiritualización del derecho privado. Esa regla, entrañablemente unida al régimen de las obligaciones y a la estabilidad y seguridad del comercio jurídico, es la que postula el respeto fiel y celosos de la fe empeñada.” “El sentido de la fórmula en el momento de la codificación se dijo que ella implicaba la garantía de la autoridad de los contratos, de la buena fe que debe reinar en la ejecución de las convenciones y en la fortuna de los particulares. Savigny, proporcionaba argumentos con que establecer que no iba en ella una equiparación real apta para concluir en una explicación genética, en una posición lógica respecto del problema de la fuente. Advertía que colocar en una misma línea a las leyes y a los contratos, contemplar a los contratos como fuentes del derecho es confundirlo todo. El fin de la locución aludida nos es erigir a la convención privada en una ley propiamente dicha, dice Demolombe, sino expresar de una manera enérgica, el lazo que resulta de ella para las partes. En efecto, éstas están ligadas por su consentimiento tan rigurosamente como lo estarían por la voluntad del legislador.”

483 Raymundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino: Fuentes de las Obligaciones. Tomo I*, pág. 25. “Hace referencia a Lasky, H; en *Introducción a la política. Traducción española de Sanz Huelin*, Buenos Aires 1946, pág 32 y Maine, S.; en *L’ancien droit. Traducción francesa de C. Seneuil*, pág. 288”.

484 Félix Trigo Represas y Marcelo López Mesa, *Código Civil y leyes complementarias anotados*, (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1999) págs. 655 y ss.

contratos, lo mismo que si se tratara de la propia ley. 3) Los jueces y tribunales a los efectos de resolver las cuestiones a que los contratos den lugar, tiene la facultad de interpretarlos y determinar su alcance, en la misma forma que lo hacen respecto a la ley (arts. 16 y 1198) y en principio, no pueden, rectificar o limitar el alcance de las convenciones por razones de equidad. 4) Los jueces se ocupan de hacer ejecutar o cumplir los contratos, juzgando si ese cumplimiento se ha respetado o no por las partes y si estas han actuado de acuerdo con lo estipulado.⁴⁸⁵

Por consiguiente, este principio comprende: a) La libertad para relacionarse con personas determinadas, respecto de objetos específicos, formas y eficacia del acuerdo. b) Facultad para obligarse o dejar de hacerlo. c) Permite establecer vínculos de las más variadas prestaciones, siempre que no afecten las normas de orden público (art. 21 C. Civ). d) Da pie a la libertad en la manifestación del consentimiento, excepto en casos en que las normas imponen formalidades absolutas (arts. 975, 1184 a 1187 C. Civ). e) Acepta que los efectos sean los queridos por las partes. f) Postula el respeto a la palabra empeñada como si se tratara de la ley.⁴⁸⁶

La sabiduría de Vélez Sársfield ha consistido en elaborar una obra que permite al intérprete valorar el principio de la autonomía de la voluntad particular, en lo que tiene de saludable, sin caer en exageraciones lesivas de la justicia y del bien común. Cuando la libertad se desorbita, desentendiéndose del bien del hombre para el cual ella existe, el intérprete encuentra en el ordenamiento jurídico argentino, los resortes apropiados que permiten rectificarla y encauzarla.⁴⁸⁷

VI- LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Si bien de la norma en cuestión se desprende la libertad de contratar o no y, por otro lado, la libertad de fijar el contenido del contrato o libertad contractual, existen limitaciones. El *pacta sunt servanda* no puede ser mantenido a todo trance cuando por el apego mecánico a sus términos y consecuencias se lesionan valores superiores como la justicia y la equidad y a cuya debida guarda debe tener un adecuado ejercicio la función jurisdiccional. Lo mismo que la autoridad de la ley, la autoridad de los contratos no es ilimitada, existen circunstancias graves en las cuales la letra de las convenciones debe ceder ante la evidencia de la injusticia que encierran en sí.⁴⁸⁸

485 Raymundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino: Fuentes de las Obligaciones. Tomo I*, págs. 169 y ss. Santos Cifuentes, *Código Civil, comentado y anotado. Tomo III*, (Buenos Aires, Ed. La Ley, 2008) pág. 89.

486 Ibid.

487 Jorge Llambías, *Tratado de Derecho Civil. Parte general. Tomo II*. (Buenos Aires, Ed. Perrot, 1995) págs. 314 y ss. "Esa fórmula que pone en un pie de igualdad al contrato y a la ley, muestra la estima que el pensamiento jurídico del siglo pasado tuvo por la voluntad de los particulares, a cuya libertad se dio la mayor expansión. Diversamente, en la primera mitad del siglo XX, el movimiento de las ideas siguió una dirección opuesta, subestimándose extremadamente la función de la voluntad particular frente a la autoridad avasallante del Estado. La organización jurídica apropiada debe equilibrar esos factores en juego y superar el falso antagonismo de libertad y autoridad para lograr un ordenamiento social en el cual el contrato llena una función que al propio tiempo que satisface el interés individual de los contratantes coadyuva al bien común de la sociedad y a la autoridad estatal, sin dejar de respaldar el régimen contractual en lo que tiene de conforme con la naturaleza libre y social del hombre, resguarda los fueros de la justicia."

488 Félix Trigo Represas, Marcelo López Mesa, *Código Civil y leyes complementarias anotados*, págs. 655 y ss. Jorge

A) En la versión originaria del Código Civil una multitud de preceptos fueron trazando límites a la autonomía de la voluntad contractual en lo concerniente en distintas materias: **1) Normas imperativas:** artículos 5 (derogado por la ley 17.711), 19, 21, 502, 530, 564, 794, 953, 1047, 1208 y 2261. **2) Moral y buenas costumbres:** el art. 19 de la Constitución Nacional y los arts. 21, 502, 530, 564, y 953 y concordantes del C. Civ. En la nota al art. 953 se lee que “los hechos contrarios al derecho y a la moral (...) no pueden ser objeto de una obligación eficaz, porque jamás se podrá invocar la protección de la justicia para asegurar su ejecución. Vinculado con esto, se halla el impedimento de alegar su propia torpeza: arts. 792, 794, 795, 1047, 1049, 1082, 1164, 1165, 1166 y 1659 del C. Civ. **3) Capacidad:** arts. 54, 55, 1160 y 35 del C. Civ., en especial para las personas jurídicas. **4) Vicios de la voluntad:** arts. 923 al 943 y del acto jurídico, arts. 957 al 960, 967 y 968 del C. Civ. **5) Objeto:** arts. 953 y 1167 y concordantes; en temas de modalidades, arts. 530, 542 y 564. Se prohibían determinadas cláusulas en la compraventa (arts. 1364, 1374, 1380 y 1400), en el mandato (arts. 1918 y 1919), en la renta vitalicia (arts. 2075 y 2078), en la prenda (art. 3222, en la anticresis (arts. 3251 al 3253), etc. **6) Forma y prueba:** arts. 974, 1183 y concordantes. **7) Interpretación:** la interpretación de la buena fe estaba impuesta por el art. 1198 (sustituído por la ley 17.711), según el cual los contratos obligan no sólo a lo literalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que pudiera considerarse que hubiesen virtualmente comprendidas en ellos. **8) Efectos de los contratos:** arts. 1195 y 1199. **9) Autorización estatal:** era necesaria para la personería jurídica de ciertos entes colectivos (art. 45). B) En la ley 17.711 de 1968 incorporó al Código varias instituciones, recogidas anteriormente por la jurisprudencia, que también limitan este principio. **1) Lesión:** art. 954. Se vincula con ella la reductibilidad de las cláusulas penales (art. 656 bis). **2) Impedimento para el ejercicio abusivo del derecho:** art. 1071. **3) Doctrina de la imprevisión:** art. 1198- 2º parte. **4) La interpretación de buena fe:** impuesta por el nuevo art. 1198 -1º parte (ya surgía de manera implícita del texto legal subrogado). C) Otras limitaciones surgen de normas legales ajenas al Código Civil, o modificatorias de él, muchas de las cuales tuvieron vigencia por mucho tiempo y otras mantiene su permanencia. **1) Plazo de gracia:** en nuestro derecho no existe un texto como el del art. 1244 del Código Civil Francés, que autoriza al juez a conceder al deudor aplazamientos moderados para el pago, solución semejante a la que contenía el antiguo art. 216 del Cód. de Comercio, el art. 536 del Cód. Procesal faculta al juez para adecuar las modalidades de la ejecución con miras a evitar perjuicios innecesarios al deudor, lo cual en los hechos, se puede traducir en un aplazamiento de la ejecución. Las leyes 11.689 y 11.703 (1933) suspendieron temporalmente las ejecuciones judiciales. **2) Moratoria:** el primer antecedente fue la ley 2.705 (1890), seguida por otras; ley 9.477 y ley 9.507 (ambas de 1914), referidas a las obligaciones provenientes del comercio internacional; leyes de moratoria hipotecaria 11.741 (1933) y 12.310 (1936), y ley 12.544 (1939) que dispuso la liquidación de las deudas, autorizando el pago en cuotas. **3) Locaciones urbanas:** leyes 11.156 y 11.157 (1923) la primera modificó varios artículos del Código Civil y la segunda fijó el precio del arrendamiento y permitió al inquilino redimir mediante la cancelación de su deuda por alquileres el juicio de desalojo por falta de pago. Ley 11.231 (1923) prorrogada por ley 11.318 (1924), extendió los plazos fijados contractualmente y suspendió los desalojos por vencimiento de tales plazos: El decreto 1580/43 prorrogó los plazos contractuales y redujo los precios convenidos. A partir de esta norma, varias leyes como la 13.581,

Llambías y Atilio Alterini, *Código Civil Anotado. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo III- A*, (Buenos Aires, Ed. Abeledo- Perrot, 1982) págs. 145. Jorge Mosset Iturraspe, y Miguel Piedecabras, *Código Civil Comentado. Doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Contratos. Parte General. Artículos 1137 a 1216*, (Buenos Aires, Ed. Rubinzal- Culzoni, 2008), págs. 386 y ss.

decreto ley 2186/57, 14.821, 15.775, 16.739, 17.368, 17.607, 18.880, 20.625 y 21.342, regularon un régimen especial para la locación urbana que por imperio de la ley 21.342, en la actualidad ha quedado sometido nuevamente al régimen del Código Civil. **4) Compraventa de inmuebles por mensualidades**: ley 14.005. **5) Operaciones sobre inmuebles en zonas de seguridad**: autorización de la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad (dec. Ley 15.385/44). **6) Prehorizontalidad**: ley 17.924. **7) Comercialización**: ley 20.680 de abastecimiento, ley 21.660 regula el régimen del horario comercial, ley 19.982 régimen de identificación de mercaderías, ley 17.088 prohíbe la promoción de ventas mediante el ofrecimiento de premios o regalos. **8) Radicación de capitales**: ley 21.832 regula

el origen, la inversión y la evolución de los capitales extranjeros. **9) Transferencia de tecnología**: ley 21.617. **10) Contrato de Trabajo**: ley 20.744, modificada por la ley 21.197 decreto 390/76. En la concertación del contrato de trabajo, dando forma a un contrato normativo (art. 1144, A-8 e), ley 22.105 (1979) asigna carácter vinculante a los convenios colectivos celebrados por las asociaciones de trabajadores con personería gremial (art. 36 inc. B) y por las federaciones (art. 37 inc. A), Inciden en el tema las leyes de jubilaciones a partir de la 4.349 (1904), así como la normativa de indemnización por accidentes (ley 9.688 de 1915 vigente con las modificaciones introducidas por las leyes 12.631, 15.448 y 21.034) 11) Seguros: ley 20.91, somete a las compañías al contralor de la Superintendencia de Seguros y establece el sistema de contratos “tipo” para la concertación de las pólizas (art. 1144, A-8 e). **12) Concursos**: ley 19.551 introdujo disposiciones específicas para los contratos celebrados por el concursado o fallido antes de la declaración (arts. 1203, 1204 A 23c), sin perjuicio de lo que respecta a su capacidad para contratar (art. 1160 A-10). **13) Sociedades**: las sociedades comerciales conforme a la ley 19.550, requieren el contrato constitutivo, la inscripción, previa comprobación por el juez del cumplimiento de todos los requisitos legales y fiscales y en su caso la publicación del contrato (arts. 6, 7 y 10); en las sociedades por acciones interviene la Inspección General de Justicia (leyes 18.805 y 22.315). Las sociedades extranjeras que quieran establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, deben cumplir requisitos especiales (art. 118 ley 19.550). Las compañías de seguro requieren autorización previa para funcionar (ley 20.091) y las entidades financieras (ley 21.526). Las sociedades anónimas que cotizan en Bolsa están sometidas a la Regulación Nacional de Valores (ley 17.811). **14) Fundaciones**: la ley 19.836 las somete al requisito de ser autorizadas por la Inspección General de Justicia que ejerce además su contralor administrativo y puede modificar los estatutos. **15) Transporte**: el código de Comercio trae regulaciones imperativas para el contrato de transporte terrestre (arts. 162 y siguientes); la ley 20.094 regula el transporte por agua y el transporte aéreo está sometido al Código Aeronáutico (ley 17.254) y a la Convención de Varsovia (ley 17.386).⁴⁸⁹ **16) Defensa del consumidor**:

489 Jorge LLambías y Atilio Alterini, *Código Civil Anotado. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo III- A*, págs. 148 y ss. Santos Cifuentes, *Código Civil, comentado y anotado. Tomo III*, pág. 89. “Existen límites a la autonomía de la voluntad, éstos son: A) Las derivadas del orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 21 del C. Civ.) B) Sólo se aplica en el orden prevalentemente patrimonial, pero escapa al derecho de las personas en cuanto tales, de la familia o de las sucesiones”. Raymundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino: Fuentes de las Obligaciones. Tomo I*, pág. 170. “El principio consagrado en el art. 1197 del C. Civ., no es de carácter absoluto, está sometido a las siguientes limitaciones: A) derivadas del orden público, moral o las buenas costumbres: en todos los casos en que hay disposiciones de este carácter que reglan un determinado punto, las partes no pueden convenir o estipular lo contrario (art. 21). B) El principio se aplica sólo en el dominio de los derechos patrimoniales: en cuanto a los derechos de las personas, al derecho de familia o a las sucesiones, estas materias están dominadas por principios que la ley ha consagrado y que por lo mismo que en general son de orden público, los particulares no pueden modificarlos por medio de convenciones.” Alfredo Orgaz, “Los límites de la autonomía

la ley 24.240 es una norma de interferencia estatal sobre la autonomía de la voluntad, a los fines de proteger a la parte más débil del contrato, al usuario o consumidor, frente a determinados contratos que se utilizan como herramienta jurídica de determinadas operaciones de contenido económico.⁴⁹⁰

El criterio que impulsa las limitaciones a la autonomía, tiene antecedentes en el pensamiento de Portalis, que afirmó que “la libertad de contratar no puede estar limitada más que por la justicia, por las buenas costumbres, por la utilidad pública”, pero más precisamente para D’Alembert, que consideró, que en “el comercio no todos pueden tener la misma parte en las ventajas, aunque todos tengan el mismo derecho a ellas”, fustigando ese derecho de desigualdad llamado ley del más fuerte; y Montesquieu que “la libertad de comercio no es una facultad concedida a los negociantes para que

de la voluntad”, *La Ley 64- 223. Obligaciones y contratos, doctrinas esenciales*, Tomo IV, 01/01/2009, pág. 303. “Este poder de las voluntades individuales tiene numerosas limitaciones establecidas por la ley, no sólo en nuestra legislación, sino también en las extranjeras. En ciertas materias como el derecho de familia o de derechos reales, la autonomía de la voluntad está casi por completo excluida.” En contraposición opina LOVECE, G.; *El principio de la autonomía de la voluntad. Sus límites en la sociedad actual*. La ley 2007 –F, 753. “Actualmente, el principio de la autonomía de la voluntad interactúa en una doble vía. Por un lado, existen más restricciones en cuanto a los negocios económicos y por el contrario surge una expansión cada vez mayor en relación a los derechos inherentes a la persona de carácter extraeconómico, es decir con los derechos que atienden al respeto de la dignidad del ser humano. Esta circunstancia se refleja en el área de la salud cuando se respeta la decisión del paciente sobre su propio cuerpo, el reconocimiento del derecho a una muerte digna como corolario de una vida en dignidad. También las podemos ver en las concepciones ampliadas sobre libertad sexual y sus proyecciones en lo referente al ejercicio de opción en la conformación familiar, las uniones civiles que reconocen la conformación de familias distintas, el derecho a la libre procreación, a una educación y asistencia en materia de salud reproductiva, así como el reconocimiento a un respeto sobre la identidad sexual y al cambio de sexo.” “Se marca una tendencia favorable en la evolución del principio de autonomía de la voluntad personal en materia de sexualidad, llegando a la noción de diversidad sexual contenida en la Declaración de Noruega de la ONU de diciembre de 2006, incluye categorías de sexualidad no tradicionales como la transexualidad y el travestismo; que si bien no es vinculante, marca una tendencia en el reconocimiento de identidades sexuales que van más lejos aún que la de homosexualidad, ahondando en la noción de género.” “El avance respecto de las uniones no formales o de hecho conformadas por personas que voluntariamente deciden no afrontar las consecuencias personales o patrimoniales que implica el vínculo matrimonial y que desde el derecho se les ha dado un marco en distintos supuestos restando esta decisión autónoma. Desde la jurisprudencia a partir de la evolución del principio y acorde con el incremento de estos nuevos modelos de estructura familiar, se le ha reconocido al concubino legitimación activa en el reclamo de daños económicos y extraeconómicos por muerte del conviviente. Al mismo tiempo, desde la doctrina, se continúa trabajando en la búsqueda de alternativas válidas con la finalidad de otorgar un resguardo adecuado al régimen de bienes en las uniones de hecho, como por ejemplo la aplicación analógica del art. 1277 del C. Civ., así como la expansión a los convivientes de las previsiones del art. 36 de la ley 14.394, atendiendo a una concepción más amplia de familia.” Se marca una tendencia favorable en la evolución del principio de autonomía de la voluntad personal en materia de sexualidad, llegando a la noción de diversidad sexual contenida en la Declaración de Noruega de la ONU de diciembre de 2006, incluye categorías de sexualidad no tradicionales como la transexualidad y el travestismo; que si bien no es vinculante, marca una tendencia en el reconocimiento de identidades sexuales que van más lejos aún que la de homosexualidad, ahondando en la noción de género.” “El avance respecto de las uniones no formales o de hecho conformadas por personas que voluntariamente deciden no afrontar las consecuencias personales o patrimoniales que implica el vínculo matrimonial y que desde el derecho se les ha dado un marco en distintos supuestos restando esta decisión autónoma. Desde la jurisprudencia a partir de la evolución del principio y acorde con el incremento de estos nuevos modelos de estructura familiar, se le ha reconocido al concubino legitimación activa en el reclamo de daños económicos y extraeconómicos por muerte del conviviente. Al mismo tiempo, desde la doctrina, se continúa trabajando en la búsqueda de alternativas válidas con la finalidad de otorgar un resguardo adecuado al régimen de bienes en las uniones de hecho, como por ejemplo la aplicación analógica del art. 1277 del C. Civ., así como la expansión a los convivientes de las previsiones del art. 36 de la ley 14.394, atendiendo a una concepción más amplia de familia.”

490 Jorge Mosset Iturraspe y Miguel Piedecasas, *Código Civil Comentado. Doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Contratos. Parte General. Artículos 1137 a 1216*, págs. 387 y ss.

hagan lo que quieran “, y que “en los países libres es donde el negociante encuentra contrariedades sin número”, lo cual “molesta al comerciante, pero favorece al comercio”.⁴⁹¹

VII- CRISIS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD O DEL CONTRATO?

Parecería paradójico hablar de crisis en un tiempo en que la multiplicación de los contratos es asombrosa, ya que nunca se los ha concluído en mayor número y por intereses patrimoniales tan elevados. Y no es sólo el aumento cuantitativo lo que merece destacarse, sino que la gama de las categorías contractuales se enriquece con nuevas figuras, su formación se auxilia de nuevos recursos técnicos, y la institución en sí alumbraba nuevas obligaciones antes ignoradas.⁴⁹²

La crisis del contrato existe y la institución se halla sometida a un ser o no ser. Desde fines del siglo pasado y los primeros años del presente, ha aparecido otra concepción del contrato, caracterizada principalmente por el debilitamiento del principio de la autonomía de la voluntad, por la intervención de fórmulas legislativas y por la autoridad judicial que intervino anulando contratos y cláusulas impuestas por una de las partes a la otra.⁴⁹³ Los viejos moldes con arreglo a los cuales se modelaban los contratos, tienden a desaparecer o sufren tantas y tan profundas modificaciones, que resultan inútiles para estampar en ellos las modernas convenciones: El contrato ha cambiado de fisonomía al perder sus rasgos esenciales. Ni es por esencia un acuerdo de voluntades, ni tiene fuerza de ley entre las partes.⁴⁹⁴

Las causas que han contribuído a desencadenar esta crisis son: **A) Económicas:** con el reinado del contractualismo nace el supuesto de la libertad e igualdad de las partes. Para que el contrato sea justo y merezca respeto, debe ser el resultado de una negociación libre. La evolución del capitalismo ha concentrado cada vez mayores fuerzas en manos de pocos (sean particulares o empresas), la igualdad y la libertad subsisten en el plano jurídico, pero tienden a desaparecer en el económico. **B) Técnicas:** los problemas económicos devienen día a día más complejos y técnicos, esto hace necesario que

491 Atilio Alterini, y Roberto López Cabana, “La autonomía de la voluntad en el contrato moderno”. *La Ley* (1990) –D, pág. 1296.

492 Marco Risolía, Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil, págs 116 y ss.

493 Juan Pierre, J., “De la autonomía de la voluntad y de los contratos”. *La Ley* (1991)- D, pág.1173.

494 Raymundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino: Fuentes de las Obligaciones. Tomo I*, págs. 21 y ss. “Desde el punto de vista del acuerdo de voluntades el contrato va perdiendo, su fisonomía. Impuestas sus cláusulas unas veces por la exclusiva decisión de unas de las partes y otras veces por expresa disposición legislativa, la libertad contractual sólo existe en principio, pues si bien ella se manifiesta en el hecho de poder entrar cuando se quiere en el contrato, resulta impotente para condicionar su permanencia en él o fijar el término de duración al vínculo obligatorio. Como lo destaca Gastón Morín, en *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, Paris 1927, Alcan, pág. 54 y ss. y lo reconocen otros autores, “en el contrato, la libertad existe para entrar en él, no para salir. El contrato es el hombre que se ha encadenado a sí mismo, pero es el hombre encadenado”. Álvaro D’ Ors, “Ante la crisis del contrato”, *El Derecho*, Tomo (1979)-D, pág. 717. “La crítica se dirige contra el presupuesto de que el contrato se perfecciona por la voluntad libre de las dos partes que en él intervienen. La realidad es distinta: en primer lugar, porque los tipos contractuales están fijados por la ley y no dependen de los contratantes más que en sus elementos accidentales; en segundo lugar, porque cada día son más frecuentes los contratos en que la decisión de una de las partes se reduce a adherirse a un esquema impuesto por la otra”.

intervengan en la redacción expertos economistas y legales, que para situaciones análogas proyectan tipos de contratos análogos, a cuyas fórmulas las personas se someten por comodidad, desconfianza en su propio conocimiento de la materia técnica o jurídica, o para lograr la adquisición de un bien o servicio. El contrato tiende a hacerse menos individual, a expresar menos la voluntad de los que lo suscriben. **C) Políticas:** el individualismo está dejando paso a una concepción social de los problemas humanos. Hay una mayor preocupación por la justicia distributiva, la socialización paulatina de la economía. El individuo y su voluntad ceden ante consideraciones sociales. **D) Filosóficas-jurídicas:** se ha puesto en duda el poder jurígeno de la voluntad. Si ella fuera la justificación exclusiva de la obligación contractual, no se explicaría que los contratos siguieran obligando cuando ya no se desea continuar ligado a él. No es que la voluntad carezca de poder jurígeno, sino que para poder explicar la permanencia de la obligatoriedad del vínculo cuando la voluntad que le dio vida ya no existe, hay que recurrir a la idea de la necesidad y la seguridad económica-social. No se trata sólo de la voluntad; hay una cuestión de interés general comprometida en el respeto de los contratos. **E) Morales:** la fuerza obligatoria de los contratos no se aprecia ya tanto a la luz del deber moral de hacer honor a la palabra empeñada, como desde el ángulo de que ellos deben ser instrumentos de la realización del bien común. No existe una declinación de la moral individual; es que esa moral tiene una mayor sensibilidad que otrora para la justicia conmutativa. El hombre contemporáneo no está dispuesto ha aceptar como verdad dogmática que lo que es libremente querido es justo. Quiere examinar si la equidad, esa ley esencial de los contratos, ha sido respetada.⁴⁹⁵

La crisis del contrato se manifiesta a través de tres fenómenos: **1) El dirigismo contractual:** Josserand, bajo esta fórmula, resume la orientación del derecho contractual contemporáneo. “El contrato escapa cada vez más a la acción común concertada de las partes; deja de ser una *entente*, (un acuerdo) que interviene bajo la égida de la libertad, realizada por el juego de voluntades iguales y autónomas, para convertirse en una operación dirigida, sea por los poderes públicos, representados por el legislador y por el juez, o por uno solamente de los contratantes que impone su fórmula y sus condiciones al otro”.⁴⁹⁶ **2) Las nuevas formas contractuales:** aquí encontramos los contratos de adhesión con cláusulas predisuestas, en donde una de las partes fija todas las condiciones y la otra consiente o rechaza.; los contratos colectivos, que regulan las relaciones entre patrones y obreros; el autocontrato o contrato consigo mismo (arts. 1919 y 2702 del C.Civ.); los contratos forzados, son la expresión extrema del dirigismo contractual, cuando la ley obliga a vincularse jurídicamente con otra persona, en contra de su voluntad. **3) La intervención de los jueces en la vida de los contratos:** ellos son los guardianes de la equidad en los contratos. Su contralor se desenvuelve a través de: a) La teoría de la lesión enorme (art. 954 C. Civ), le permite reducir las prestaciones excesivas y anular los contratos en los que las contraprestaciones resultan desproporcionadas. b) la teoría de la imprevisión, (art. 1198 C. Civ.)

495 Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II*, págs. 107 y ss. Guillermo Borda, *Manual de Contratos*, págs. 15 y ss.

496 Raymundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino: Fuentes de las Obligaciones. Tomo I*, págs. 21 y ss. Marco Risolia, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, págs 121 y ss. “Hacen referencia a las obras de Josserand *Le contrat dirigé*, en Dalloz Hebdomadaire, Paris 1933, Chronique, pág. 89 y *Un ordre juridique Nouveau*, en Dalloz Hebdomadaire, Paris 1937, Chronique, pág. 41 y ss. “Asistimos a un duelo entre el derecho y la legalidad. El orden jurídico nuevo, es esencialmente económico, financiero y fiscal; con lo que actualiza el problema de la materialización del derecho privado. La crisis del contrato existe y trasciende las márgenes de la institución. Su realidad objetiva no puede sino responder a un derecho parcial, inestable y moralmente neutro. La decadencia de la soberanía del contrato no puede sino significar el más pesado tributo que paga el derecho a la servidumbre económica”.

en donde permite restablecer la equidad gravemente alterada por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, que han transformado las bases económicas tenidas en mira al contratar. c) El principio de la buena fe y la condena del abuso del derecho, brindan un recurso importante para intervenir en las relaciones contractuales (art. 1198 C. Civ.), si una de las partes no se ajustara a estos principios, pretendiendo hacer valer abusivamente la letra escrita del contrato, el juez debe amparar a la otra parte e interpretar el contrato de acuerdo con lo que indique la buena fe, a cuyo efecto puede tener por no escritas ciertas cláusulas abusivas.⁴⁹⁷

El principio *pacta sunt servanda* es la base del derecho en los pueblos libres. El hombre el libre de contratar pero una vez hecha la convención la misma debe ser respetada. Los jueces deben hacer cumplir las estipulaciones contractuales, pudiendo interpretarlas e incluso prescindir de lo convenido cuando ello importa la transgresión de una ley imperativa. El principio debe ser el cumplimiento, toda interpretación que permita evitar el cumplimiento debe ser hecha con criterio restrictivo. Es ventajoso para la sociedad que los contratos sean cumplidos, pues de lo contrario nadie contrataría. El hombre es un ser social que necesita de los demás, necesita intercambiar prestaciones y es mucho más fácil cuando se sabe que las promesas van a ser cumplidas.⁴⁹⁸

La llamada crisis del contrato, es más bien una evolución reclamada por las circunstancias, particularmente económicas, en que actualmente se desenvuelven las relaciones jurídicas y por una mayor sensibilidad del espíritu moderno, que se revela contra toda forma de injusticia. El intervencionismo del Estado en el contrato de trabajo ha restablecido la igualdad entre las partes; las nuevas formas contractuales permiten un ajuste más realista de las relaciones jurídicas a las circunstancias económicas; el contralor judicial por vía de la lesión o la teoría de la imprevisión permiten una mejor realización de la justicia conmutativa. No se ha producido ni inseguridad, ni pérdida de confianza en el contrato como instrumento de regulación espontánea de las relaciones interpersonales. En ningún momento de la historia humana ha sido más activa e importante la contratación privada. No hay crisis del contrato; hay más bien una crisis del principio de la autonomía de la voluntad; ya no se cree que todo lo libremente querido sea justo, hay una evolución que procura una más perfecta realización de la justicia.⁴⁹⁹

497 Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II*, págs. 107 y ss. Guillermo Borda, *Manual de Contratos*, págs. 15 y ss.

498 Conrado Etchevarne Bullrich, "La fuerza del contrato". *La Ley* (1983)- C, 989. "Las restricciones a la libertad contractual fortifican a los contratos encuadrados en la ley." Luis Crovi, "La autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de los contratos y la equidad". *Jurisprudencia Argentina* (2001) – II – pág. 856. "Se ha hablado mucho sobre la crisis de la autonomía de la voluntad y de la crisis del contrato en general, pero el axioma del *pacta sunt servanda* sigue siendo el pilar básico de todo el ordenamiento contractual y tiene vigencia en diversos códigos extranjeros, como el ya conocido artículo 1134 del Código de Napoleón y el artículo 1372 del Código Civil Italiano. Pero actualmente, además de la libertad de contratar existen otros valores que deben protegidos. Por eso, en los contratos modernos la palabra empeñada sólo puede ser amparada en los contratos "entre iguales", pero cuando las partes no se encuentren en un pie de igualdad, la justicia impone restablecer el equilibrio de la relación de cambio, antes que atarse al dogma de la autonomía de la voluntad". Atilio Alterini, y Roberto López Cabana, "La autonomía de la voluntad en el contrato moderno". *La Ley* (1990) –D, 1296. "Es deseable que el legislador deje a los contratantes el máximo de libertad, pero esto no puede ser bajo una reserva: la libertad contractual no debe atentar contra otras libertades más esenciales y asumiendo la decadencia de la autonomía de la voluntad, se expresa que la libertad contractual no es más que un factor entre otros y que no puede servir de explicación única, ni sin duda siquiera principal, a las disposiciones del Código Civil relativas al contrato."

499 Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II*, págs. 114 y ss. Guillermo Borda, *Manual de Contra-*

VIII- CONCLUSIONES.

Si bien en Roma, en la etapa del derecho arcaico, la voluntad de las partes no imperaba en los negocios jurídicos, dado que sólo era relevante la forma para que surtieran efectos, esto fue evolucionando ya que el principio *pacta sunt servanda* fue plasmado en el D.2.14.1.pr y D.50.16.219, en donde se establece que las partes deben cumplir con lo pactado, y se debe atener a la voluntad de lo que ellos expresaron.

Este precepto fue recepcionado y legislado por los Códigos modernos. En nuestro Código Civil lo encontramos en el artículo 1197 en el cual se expresa que lo contratado por las partes es obligatorio porque es lo querido por ellas, Vélez recogió esta idea del artículo 1134 del Código de Napoleón.

Pero, si bien los contratantes pueden regir sus relaciones de derecho por medio de sus voluntades, hay que destacar que este principio no es absoluto y se encuentra limitado por cuestiones de orden público, la moral y las buenas costumbres.

La voluntad es la base del derecho y los contratos son acuerdos de voluntades, actualmente debido a las transformaciones económicas, sociales, tecnológicas y científicas han ido cambiando las formas de contratación, lo que tarjo aparejado que se restrinja cada vez más la autonomía de la voluntad de las partes y es por ello que se dice que hoy este principio se encuentra en crisis.

Pero otros opinan que como la sociedad va evolucionando y mutando, al igual que los valores, esto no puede ser desconocido por el ordenamiento jurídico, que debe ir adaptándose a la nueva realidad, por ello consideran que este precepto no está en crisis sino que se encuentra en un proceso de transformación y adecuación en relación al contexto económico contractual, ya que el respeto irrestricto a la autonomía de la voluntad hoy en día generaría situaciones de inequidad y de conflictos socioeconómicos.

IX- BIBLIOGRAFÍA.

Atilio Alterini, Oscar Ameal y Roberto López Cabana; Derecho de las Obligaciones, (Buenos Aires, Ed. Abeledo – Perrot, 1996).

Atilio Alterini y Roberto López Cabana; “La autonomía de la voluntad en el contrato moderno”. La Ley (1990) –D, pág.1296.

Vicente Arangio Ruiz; *Instituciones de Derecho Romano*, (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986). Traducción de la 10ª edición por J.M. Caramés Ferro.

Pedro Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, (Madrid, Ed. Reus, 1965), Traducción de la 8º edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa.

Guillermo Borda, *Manual de Contratos*, (Buenos Aires, Ed. Perrot, 1983).

Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo I y II*. (Buenos Aires, Ed. Perrot, 1998).

Santos Cifuentes, *Código Civil, comentado y anotado. Tomo III*, (Buenos Aires, Ed. La Ley, 2008).

Luis Crovi, “La autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de los contratos y la equidad.” *Jurisprudencia Argentina*, (2001) – II –856.

Teresa Estévez Brasa, “Los pacta en el Derecho Romano y su recepción en el Código Civil Argentino”. *La Ley* (1986) –E.

Conrado Etchevarne Bullrich, “La fuerza del contrato”, *La Ley* (1983)- C, 989.

Gregorio Dillon, “La autonomía de la voluntad y las condiciones generales del contrato de venta en el Derecho Romano y en el Código Civil Argentino”, en *Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano*. (Fortaleza- Ceará – Brasil. Ed. Unifor 2003).

Alfredo Di Pietro, *Derecho Privado Romano*, (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1999).

*Alfredo Di Pietro, “La teoría del creditum en Álvaro D’Ors”, en *el Libro Homenaje a Álvaro D’Ors*, (Lima- Perú, Ed. Altuve- Febres y Dupuy S.C. R.L., 2001).

Alfredo Di Pietro, *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*, (Buenos Aires, Ed. Ábaco de R. Depalma, 2004).

Álvaro D’Ors, “Ante la crisis del contrato”, *El Derecho*, T. (1979- D).

Leonardo Colombo, “El contrato dirigido y el retorno a la autonomía de la voluntad”. *La Ley* 45,807. Obligaciones y contratos, doctrinas esenciales, Tomo IV, (01/01/2009).

Federico Fernández de Buján, *Sistema contractual Romano*, (Madrid, Ed. Dykinson, 2004).

Idelfonso García del Corral, *Cuerpo de Derecho Civil Romano. Tomo I*, (Barcelona 1897, Ed. Lex Nova 1897- reimpresión).

Roque Garrido y Jorge Zago, *Contratos Civiles y Comerciales. Parte general*, (Buenos Aires Ed. Editorial Universidad, 1993).

Amanda Kees, “La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del Derecho Civil”. Edición

homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, (Santa Fe- Argentina, Ed. UNL,2005).

Graciela Lovece, “El principio de la autonomía de la voluntad. Sus límites en la sociedad actual”.
La ley (2007) –F, 753.

Jorge Llambías y Atilio Alterini, Código Civil Anotado. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo III- A,
(Buenos Aires, Ed. Abeledo- Perrot,1982).

Jorge Lambías, Tratado de Derecho Civil. Parte general. Tomo II. (Buenos Aires, Ed. Perrot, 1995).

Marcelo Martínez Alcubilla, Códigos Antiguos de España, Tomo I, (Madrid, Ed. Administración
Arco de Santa María, 41 Triplicado principal, 1885).

Jorge Mosset Iturraspe y Miguel Piedecasas, Código Civil Comentado. Doctrina, jurisprudencia
y bibliografía. Contratos. Parte General. Artículos 1137 a 1216, (Buenos Aires, Ed. Rubinzal-
Culzoni, 2008)

Jorge Mosset Iturraspe, Contratos, (Buenos Aires, Ed. Ediar, 1998).

Alfredo Orgaz, “Los límites de la autonomía de la voluntad”, La Ley 64- 223. Obligaciones y
contratos, doctrinas esenciales, Tomo IV, (01/01/2009).

Juan Pierre, “De la autonomía de la voluntad y de los contratos”. La Ley (1991) D, 1173.

César Rascón García y José García González, *Ley de las XII Tablas. Estudio preliminar, traducción y
observaciones.* (Madrid, Ed. Tecnos, 1993).

Marco Risolía, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil,* (Buenos Aires, Ed. Abeledo-
Perrot, 1958).

Raymundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino: Fuentes de las Obligaciones. Tomo I,* (Buenos
Aires, Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1957).

Sandro Schipani, Código Civil de la República Argentina. Con la traducción de Idelfonso García
del Corral de las Fuentes Romanas citadas por Dalmacio Vélez Sársfield en las notas, (Buenos
Aires, Ed. Rubinzal- Culzoni, 2007).

Armando Torrent- Ruíz, *Diccionario de Derecho Romano.* (Madrid, Ed. Edisofer SL, 2005).

Félix Trigo Represas y Marcelo López Mesa, *Código Civil y leyes complementarias anotados,* (Buenos
Aires, Ed. Depalma, 1999).

MODERNIZACIÓN Y DERECHO PRIVADO. PERCEPCIÓN DE LA CRISIS DEL DERECHO PRIVADO LIBERAL EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA.-

Por Gastón Rodrigo Tirigall Casté

Cuestión social y Sociedad de Masas. Contextos culturales de la crisis.

En el marco del tema en análisis “Modernización y Derecho privado”, el punto sobre el que se intenta el estudio de la “Percepción de la crisis del derecho privado liberal en Europa y América Latina”, para el desarrollo de la “Cuestión social y sociedad de masas. Contextos culturales de la crisis”, podría tener como referencia el desarrollo de la antedicha cuestión en la República Argentina, tratando consecuentemente, la evolución de dicha situación en el marco histórico jurídico en la República Argentina.

El código de fondo, sancionado en 1869 y vigente desde 1871, reguló la propiedad recibiendo el paradigma moderno, edificando un sistema coherente de normas cimentado en un concepto de dominio que tenía como características la individualidad, su plenitud, ser absoluto, libre, circulante e ilimitado frente al derecho civil, pero esta última nota cedía ante el derecho administrativo, reconociéndole la posibilidad de fijar límites en vista del interés general.

Años antes, la Generación de 1837, vía publicación de obras bibliográficas, presentó como alternativa las ideas socialistas con relación al dominio, plasmando luego a través de programas de las incipientes organizaciones políticas y gremiales de orientación marxista o anarquista la “*cuestión social*”, instalando entonces el debate y caracterizando dicho período como de confrontación ideológica.

El signo de los tiempos hizo que a partir de la segunda mitad del siglo XIX el influjo de las ideas liberales, cediera espacio a la transmisión del socialismo romántico y científico, siendo para estos últimos la propiedad privada una institución social, en lugar de una institución de derecho natural, inmutable.

En el mundo jurídico un primer acercamiento a dicha idea se verifica en el pensamiento de Luis A. Peyret en el año 1884, sosteniendo que la propiedad no había terminado su evolución y que por la ley del progreso, debía continuar al punto de satisfacer todas las necesidades de las sociedades contemporáneas.

Propuso la abolición del derecho de propiedad privada de la tierra. Utilizando como método desviar la renta, que únicamente beneficiaba a los propietarios, para provecho de la ciudadanía, pudiendo por caso aplicar dicho producido en objetos de beneficio común.

A los efectos reseñados precedentemente, debía cambiarse de propietario. La propiedad privada o individual había de sustituirse por la propiedad colectiva, de una sociedad compuesta del público. En lugar de poseer al país algunos sujetos, lo poseería la “*gran corporación: la sociedad*”.

La idea socialista con relación a la propiedad encontró en el político Jean Jaurés y en el jurista León Duguit dos baluartes de fuste, quienes en 1911 disertaron en la Universidad de Buenos Aires, con motivo de los festejos del centésimo aniversario de la Revolución de Mayo.

Aquel sostenía que a medida que la propiedad individual fuera devorada o destruida por la propiedad monopolista del gran capital, sería necesario, la socialización de los monopolios capitalistas, para que todos los ciudadanos participaran de la propiedad.

En ese sentido en la conferencia aludida precedentemente, sobre “Civilización y Socialismo”, indicó que la propiedad individual “*cooperatizada*”, entendiendo que la técnica de la producción no permitía la propiedad individual sola, excepto, en algunas categorías de agricultura. A medida que la propiedad individual fuera devorada o destruida por la propiedad monopolista del gran capital, sería necesario, para que todos los ciudadanos participaran de la propiedad, la socialización de los monopolios capitalistas.

Prescribió fallida la esperanza que algunos habían depositado en la democracia política como difusora por sí sola de la propiedad. En lugar de eso el desequilibrio social era cada vez mayor. Había que buscar, en el socialismo la forma de extender socialmente la propiedad y evitar que se armaran los unos contra los otros a causa de la desigualdad en que se encontraban (JAURÉS, 1922, 90-92)⁵⁰⁰ .-

Estimó errónea la esperanza que se había depositado en la democracia política, siendo entonces, cada vez mayor el desequilibrio social, buscando naturalmente en el socialismo la manera de extender socialmente la propiedad y evitar que se armaran los unos contra los otros a causa de dicha desigualdad.-

A su turno Duguit sostuvo

que la propiedad es una institución jurídica que se ha formado para responder a una necesidad económica, como por otra parte todas las instituciones jurídicas, y que evoluciona necesariamente con las necesidades económicas mismas. Ahora bien, en nuestras sociedades modernas, la necesidad económica a la cual ha venido a responder la propiedad institución jurídica se transforma profundamente; por consiguiente, la propiedad como institución jurídica debe transformarse también. La evolución se realiza también aquí en el sentido socialista. Está también determinada por una interdependencia cada vez más estrecha de los diferentes elementos sociales. De ahí, que la propiedad, por decirlo así, se socialice. Esto no significa que llegue a ser colectiva en el sentido de las doctrinas colectivistas; pero significa dos cosas: primeramente, que la propiedad individual deja de ser un derecho del individuo, para convertirse en una función social; y en segundo lugar,

500 Levaggi, Abelardo, “Ideas Acerca del Derecho de Propiedad en la Argentina entre 1870 y 1920”, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”- Año I, Invierno 2007.-

que los casos de afectación de riqueza á las colectividades, que jurídicamente deben ser protegidas, son cada día mas numerosas.

I. Leon Duguit. Su pensamiento Jurídico – Político

La doctrina político-jurídica del publicista francés León Duguit parte del supuesto de que el Derecho constituye un producto de la vida social. Su construcción teórica encuentra su fundamento en la teoría sociológica de su maestro, Emile Durkheim, donde el punto neurálgico del Derecho se encuentra en la noción de “*solidaridad humana*” o “*interdependencia social*”⁵⁰¹.-

La teoría sociológica de Durkheim señala que *el Derecho surge del comportamiento humano en un orden social regido por una solidaridad orgánica derivada en la división social del trabajo, la que supone una cooperación de los individuos entre sí*⁵⁰².-

Bajo el concepto de *división del trabajo social*, Duguit construye su doctrina político-jurídica con un rechazo absoluto a las doctrinas individualistas y formalistas del pensamiento jurídico. Desde un punto de vista realista- positivista, rechaza la presencia en el Derecho de abstracciones metafísicas; construyendo un sistema basado en la verificación de hechos reales, tangibles, desde la comprobación de hechos sociales⁵⁰³.-

Siguiendo esta visión, el pensamiento político-jurídico Duguitiano intentó destruir tres de los más importantes postulados del Derecho político clásico, fundamentados en el derecho natural: la soberanía nacional, los derechos subjetivos y la tesis de la representación⁵⁰⁴.-

Su teoría construye un sistema jurídico-político fundado en la teoría de la solidaridad, el derecho objetivo y la llamada “situación jurídica subjetiva. El Derecho emana del hecho social y depende de la realidad social-histórica de la sociedad de la cual surge. *Es un hecho social donde se observa que los individuos se encuentran unidos entre sí por la concurrencia de dos fenómenos: a) La existencia de necesidades comunes y b) Las distintas actitudes de los individuos ante tal sistema de necesidades y gracias a la cual se prestan servicios recíprocos y se establece un comercio de servicios, al que se llega por la solidaridad y por la división de trabajo*⁵⁰⁵.-

501 DURKHEIM, Émile, *Règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, 1963, pp.121-122.

502 DURKHEIM, ÉMILE, *La división del trabajo*, trad. Carlos González Posada, Ed.Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993, pp.56 *Repensar a León Duguit ante la actual crisis del Estado social...*, pp. 49-71 Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 12, julio 2010, ISSN 1698-7950

503 MONEREO PEREZ, J.L., y CALVO GONZÁLES, J., “León Duguit (1859-1928) Jurista de una sociedad en transformación”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº4, 2005, pp.483-551

504 DUGUIT, León, *Leçons de droit public general*, E. de Boccard, Paris, 1926, pp.36.

505 DUGUIT, León, *Manual de Derecho Constitucional: Teoría General del Estado, el Derecho y el Estado y las libertades públicas*, Granada, Ed. Comares, 2007, pp.36.

Para Duguit, *la ética de la solidaridad* nace por esta concurrencia de fenómenos; la similitud de los hombres, por la igualdad de sus necesidades que sólo pueden ser satisfechas mediante la vida en común y mediante la unión de esfuerzos. Así, no existe un poder de voluntad, sino más bien una sumisión a las necesidades solidarias del grupo en el que el hombre vive. Duguit señala: “*todo se transforma, por consiguiente, también el derecho obedece a una evolución, cuyo sentido está determinado por el postulado de la maximización de la solidaridad entre los hombres, solidaridad, a la vez que es un hecho, es un motivo de la conducta individual y social, y es un criterio de la justicia del Derecho.*”⁵⁰⁶.-

En su teoría jurídica, Duguit observa al Derecho Objetivo como una regla de conducta social a la que se impone una sanción también social. De este modo, las reglas de derecho y los criterios de valor se infieren de los hechos sociales determinantes. Duguit entiende que el derecho objetivo y trascendente para la vida social se impone a los individuos que componen los grupos sociales por que la solidaridad se impone a todos⁵⁰⁷.-

Así, la regla de derecho no busca modificar la voluntad individual.-

Del principio de solidaridad e interdependencia social nace todo el ordenamiento jurídico, que en él encuentra su idea de justicia, y que debe ser expresada en la ley positiva. La norma jurídica es, entonces, individual y social. Es individual porque se internaliza en la conciencia del individuo y el social porque está fundamentado en una necesidad social. Para Duguit, los derechos del hombre no son intrínsecos en virtud de su naturaleza humana, sino que son facultades que se le atribuyen por el deber, que como ser social, tiene que cumplir⁵⁰⁸.-

Para León Duguit, *el Estado no es más que un grupo social entre otros, el que se beneficia de un desarrollo particular y de la asunción de potestades especiales en el conjunto de la sociedad organizada*⁵⁰⁹.-

El derecho no es un producto de los grupos sociales o del Estado, sino de la vida social, es decir, el derecho proviene de juego de relaciones sociales que existen en la sociedad. En el pensamiento político duguitiano, la solidaridad se imponetambién a los órganos públicos, debido a su sometimiento al Derecho. Es en el Derecho donde se refleja la contraposición entre los gobernantes y los gobernados; donde los gobernantes no son entes superiores a los gobernados, sino que trabajan al servicio de estos, utilizando legítimamente su potestad para garantizar el respeto del interés general, en virtud

506 DUGUIT, León, *Lecons de droit public général*, Ed. De Boccard, Paris, 1926, pp. 36. Respecto al fundamento de la solidaridad social, nuestro autor señala: “Je suis de ceux qui pensent que la science sociale positive n'est point impuisante à définir un idéal et à formuler les règles de conduite pour le réaliser mais cet idéal, il est sur terre, il est humaine, pleinement humaine (...) il se resume en un mot: solidarité sociale.

507 DUGUIT, León, *Las transformaciones del Derecho Público y privado*, Granada, Ed. Comares, 2007, pp. 265.

508 DUGUIT, León, *Las transformaciones del Derecho Público y privado*, Granada, Ed. Comares, 2007, pp. 267.-

509 DUGUIT, León, *Manual de Derecho Constitucional: Teoría General del Estado, el Derecho y el Estado y las libertades públicas*, Granada, Ed. Comares, 2007, p.75.-

del principio de solidaridad. La solidaridad funciona como *fórmula de heterolimitación del Estado*⁵¹⁰.-

El primero de los elementos para la construcción de una teoría del Estado para Duguit es la nación, entendida esta como una colectividad en la que se desarrolla el Estado. Para él, el factor esencial que mantiene la cohesión nacional es: “[...] *la historia, la comunidad de tradiciones, de necesidades y aspiraciones, y la solidaridad por división del trabajo* [...] *La solidaridad nacional es la forma por excelencia de la solidaridad social en el estado presente de la evolución.*”⁵¹¹.-

Siguiendo su línea de pensamiento, Duguit despoja al concepto de soberanía su significado como potestad de mando para reinterpretarla como vocación de servicio a la comunidad, transformando la *soberanía estatal* de un derecho a un deber, que es lo que en realidad fue siempre. Es en la noción de soberanía como poder de mando y en la noción de servicio público donde el autor observa el desarrollo del tránsito o transformación del fundamento del Estado y diseña su teoría del Estado⁵¹². Partiendo de la idea de que el vínculo nacional se fortalece mientras más experiencias negativas sufra un grupo social, Duguit considera que el Estado no es poder de mando; es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes⁵¹³.-

Rechaza la posición principalista de personalidad colectiva por considerarla una ficción jurídica-política. En consecuencia, es inexistente la concepción de una voluntad propia y soberana del Estado, lo cual significa negar la realidad de las relaciones internacionales y del mismo Derecho Internacional. La legitimidad jurídica-política del poder estatal de los gobernantes lo encuentra en la noción de servicio público. El cumplimiento de las obligaciones positivas y negativas de los gobernantes es la expresión de la solidaridad organizada. Los gobernantes ostentan un poder unitario para la realización de los fines de la solidaridad social, sosteniendo que también es una ficción el principio de división de poderes⁵¹⁴.-

Duguit traza una frontera al espacio de intervención propia del servicio público respecto del ámbito estricto del desenvolvimiento de la libertad del individuo, el cual deberá ser respetado en todo caso, sirviendo de límite infranqueable para los poderes públicos.-

II. Otras interpretaciones con relación a la función social de la propiedad

510 DUGUIT, León, *Manual de Derecho Constitucional*, cit., p.71.-

511 DUGUIT, León, *Soberanía y libertad*, Buenos Aires, Ed. Tor, 1943, p.69 *Repensar a León Duguit ante la actual crisis del Estado social...*, pp. 49-71

512 DUGUIT, León, *Soberanía y libertad*, cit., pp.91-92

513 Duguit, León, *Manual de Derecho Constitucional*, cit., p.71.

514 La afirmación de Duguit sobre la ficción del principio de división de poderes está presente desde sus primeras obras. En este sentido afirma que este principio es una creación para darle un fundamento al Estado de derecho, una garantía para proteger los intereses colectivos y los derechos individuales. Pero que en realidad no es más que eso, una ilusión. Véase DUGUIT, León, “Les fonctions de l'état moderne” en *Revue internationale de sociologie*, 1894, pp.161-197.

José Luis de los Mozos, con relación a la función social de la propiedad, indica que sin perjuicio de asistir oportunamente a una expansión de la misma, esta ha llevado a cabo una deformación dogmática del concepto de propiedad que, se construye más desde el punto de vista de la función social de la propiedad, sin atender a otras consideraciones que se encuentran en el núcleo del concepto de propiedad. En consecuencia, sin llevar la discusión al plano ideológico merece la pena que repensar el mismo en términos jurídicos, independientemente de que las opciones dogmáticas puedan dar lugar a un pluralismo de pareceres.-

Respetando ese pluralismo podríamos entonces, requerir un poco de coherencia y de rigor en el método, en virtud de que un sector de la doctrina parte, en este tema, de una orientación aprendida en la doctrina italiana, donde los problemas que suscita el orden constitucional y la relación del Código civil con las legislaciones especiales es distinto en su forma, eso sin tener en cuenta lo que allí se ha exagerado esa situación por un sector mayoritario de aquella doctrina, lo que pone en distancia la comparación jurídica.-

Por otra parte, el rigor metodológico implica la necesaria referencia al contexto social, lo que no resulta hacerse frecuentemente, con lo que las doctrinas que se utilizan se alejan del momento social en que tuvieron su inicio, resultando entonces, que desde puntos de vista sociales se produce el mismo distanciamiento, respecto de la realidad social, que les enrostraba a las construcciones jurídicas del individualismo. Probablemente lo que ha ocurrido es que de una exageración hemos hecho otra, sin encontrar el equilibrio justo.-

Sostiene el jurista español, que en doctrina no podemos afirmar que haya una aceptación generalizada, según la cual se acepte que el concepto de derecho de propiedad viene determinado desde su función social, ya que esto sería una trivialización del planteo del tema. Encontramos entonces, que un sector de la doctrina que se inclina a entenderlo de tal modo o que ve con simpatía dicha inclinación⁵¹⁵.-

Partiendo inclusive, de la idea que no se debe hablar de propiedad, sino de propiedades, generalizando la cuestión que se planteara Salvatore Pugliatti, con un significado totalmente distinto, según viéramos. Pero una gran mayoría, aunque reconoce la importancia que ha adquirido la idea de la función social de la propiedad en las transformaciones modernas ocurridas en este derecho, se resiste a aceptar tales consecuencias o las rechaza.-

Indica que la posición de José Luis Lacruz, siguiendo a Constantino⁵¹⁶ y a S. Pugliatti, quienes aceptando que se debe hablar de propiedades y no de propiedad, lo hacen por razones expositivas sin negar, a pesar de los regímenes distintos de la propiedad, que ésta responda a un concepto unitario, advirtiendo algo de suma importancia, al señalar:

En rigor, la pluralidad de regímenes del dominio es una constante histórica..., siendo moderno únicamente el mayor acento social de los diversos regímenes. También en los ordenamientos de

515 Vid. referencias en V. Montes, La propiedad, cit., págs., 81 y ss., 131 y ss. Y 1511 y ss.-

516 "Contributo alla teoria de la proprietá", Napoli, 1967.-

otros tiempos, la formulación de un concepto unitario de la propiedad, cuando había diversas clases de ella, suponía una labor de abstracción y de síntesis, y la definición del dominio de los romanistas de la Edad Media, acentuando su carácter absoluto y dejando en la sombra sus límites y la diversificación funcional, representaba igualmente un arquetipo alejado de las realizaciones de la época. Pero entonces y ahora la pluralidad de regímenes del dominio, incluso la distancia entre ellos, no afecta a la entidad del punto de partida: un concepto de ordenación que vale igualmente para todas sus variedades y regímenes, sin perjuicio de examinar ulteriormente lo que de particular y característico tiene cada uno⁵¹⁷.-

III. Los derechos de propiedad en la crisis del Estado Liberal

El proceso de “modernización” liberal oligárquico desencadenó procesos importantes de migración del campo a las ciudades, así como la aparición de poderosos monopolios y oligopolios ligados al nuevo modelo económico. Las duras condiciones de vida y de trabajo determinaron la articulación de un enérgico movimiento obrero, alentado por las ideas socialistas y anarquistas y por hechos como las revoluciones mexicana y rusa.-

El impulso de huelgas y movilizaciones importantes, como la “huelga de inquilinos” y la “marcha de las escobas” de 1907, llevaron a este movimiento de trabajadores a cuestionar duramente las relaciones de propiedad existentes.-

La primera guerra mundial y la desaparición de las estructuras anteriores, colaboraron para modificar el plano de las ideas y la urgencia de atender las necesidades que reflejaba la nueva situación mundial. La llegada de nuevos refugiados coadyuvó al replanteo sobre el tema de la propiedad. Leyes y la jurisprudencia de la Corte Suprema reflejaron, aunque parcialmente la impugnación de las concepciones absolutistas del derecho de la propiedad privada.

En las primeras décadas del siglo XX se dictaron algunas leyes que limitaban los derechos de los empresarios en las fábricas, al establecer una jornada laboral disminuida en beneficio de los trabajadores, o los derechos de los propietarios de inmuebles, en beneficio de los inquilinos. En el caso Ercolano c. Lanteri de Renshaw, de 1922, la Corte entendió, en la línea del constitucionalismo de la época, que la propiedad también generaba deberes y que el derecho de propiedad estaba limitado por sus fines sociales.

Juristas socialistas, como Carlos Sánchez Viamonte o Alfredo Palacios, vieron que no era posible democratizar las relaciones de producción si no se ponía en cuestión la concepción liberal conservadora de los derechos de propiedad. Sánchez Viamonte expresó que la Constitución protegía el derecho de propiedad, pero, “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”, que incluía la posibilidad de limitarlo y regularlo tanto en beneficio de los individuos como de la propia comunidad⁵¹⁸. Palacios,

517 “Elementos”, pag. 182.-

518 Así, entre otros, en C. Sánchez Viamonte, *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Buenos Aires, 1938.

pensaba que la socialización de los medios de producción y el nuevo derecho que la haría posible cabían en el marco constitucional de 1853, sin que fuera necesaria una reforma del artículo 17⁵¹⁹.

Movimientos populares como el radicalismo supusieron una democratización parcial de la vida política. En cuanto al socialismo, si bien provocaba más “daño” a las concepciones decimonónicas, no encontró eco multitudinario como el radicalismo, que amparaba a los inmigrantes y aprovechaba la ley de educación pública, para integrar a esa gente a la población local, y le otorgaba la posibilidad de acceder a grados superiores de enseñanza tras la reforma universitaria de 1918. La mayor parte de estos inmigrantes tenían un sentido particular de la propiedad, que les hacía buscar en la periferia de la ciudad una zona donde adquirir lotes a bajos precios para construir su vivienda y que poco entendían el vocabulario socialista y anarquista.

El movimiento que aparejó el Partido Radical como expresión política, es evidente que se incorporó a la agenda política cuestiones nuevas como la propiedad estatal de los recursos estratégicos, como el caso del petróleo, con la fundación de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, el carbón, con Yacimientos Carboníferos Fiscales, la flota mercante, los medios de transporte, que se agregaban a la política ferroviaria del siglo anterior, el sistema financiero.

Todavía no hay un fuerte reclamo sobre la socialización de la propiedad, porque los extranjeros, conformarán la base de una nueva clase, cuando sus hijos obtengan diplomas académicos y con ello la instauración de una clase profesional, comercial e industrial que por su número dominará la vida económica del país. Quienes queden al margen de ella, serán, a su vez, los convocados por otro movimiento, el peronista, que se va formando con criterios especiales sobre la propiedad a partir de la segunda guerra mundial. Al abreviar este movimiento en las vertientes del fascismo y del nacional socialismo, que conllevan a la exaltación del Estado, trae como efecto la dirección de los medios y fuerzas de producción y del transporte que en su concepto deben quedar en manos de aquél.

Asimismo con relación a la vista en los años precedentes a dicha reforma constitucional podemos citar al Dr. Tomás Darío Casares quien señala a la propiedad privada, que conceptúa junto con la familia, como una institución básica de la sociedad, como fundamento esencial “del recto orden social”, en tanto que siendo, “medio” y no “fin” de la vida, resulta el “principio primero de sustentación de todo orden de humana convivencia” – constituye el régimen requerido por el mejor, más ordenado y pacífico aprovechamiento de los bienes.

Sin embargo, desligado de un concepto solamente material, que solo atienda “abstractamente” a su valor económico, dicho jurista considera que en tanto “todo derecho tiene su razón de ser en el deber”, la propiedad es de veras derecho en cuanto resulte ejercida “conforme a un orden que contemple su originaria condición”, o sea, en la medida en que no se la sustraiga cierta participación de la comunidad en sus beneficios. Como corolario de este argumento “el derecho de propiedad en cuanto derecho individual no esta menos supeditado que cualesquiera de los otros de esa especie en sus alcances y en los modos de su ejercicio a lo que requiera el orden público, puesto que todo

519 Ver, por ejemplo, A. Palacios, *El nuevo Derecho*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1920 (se cita por la 3ª edición de 1934) pp. 75 y ss.

derecho comporta en cuanto tal una indispensable, congruencia con el orden general de la comunidad, o sea, con las exigencias de justicia a las que el régimen institucional de la sociedad política debe dar satisfacción para que la convivencia ordenada de quienes la integran sea por de pronto posible.

Así las cosas si Casares consideraba que la inviolabilidad de la propiedad constituía un principio “de todo derecho verdaderamente tal”, también insistía en relativizar las atribuciones de los dueños. Efectivamente, para él, el derecho de propiedad resulta inviolable, en tanto que su ejercicio no obste al bien común, fundamento de todo derecho individual y por ende anterior y superior a ellos. Lejos de admitir que la inviolabilidad de la propiedad privada pueda prevalecer frente a las exigencias del bienestar general y entendiendo que frente a la comunidad el dueño no está facultado para obrar como señor absoluto de su propiedad, nuestro jurista advierte que no puede considerarse vulnerada la antedicha inviolabilidad por las disposiciones de un ordenamiento que subordine su ejercicio al bien común según las modalidades de cada circunstancia, salvo el caso de evidente injusticia. Asimismo, sostiene que los bienes particulares destinados a la explotación de un servicio público resulta indispensables para su dueño, incluso cuando la concesión haya sido resuelta, siempre que la autoridad concedente no pueda cubrir las necesidades públicas entendidas por dicho servicios.

En cuanto al trabajo, lejos de constituir un instrumento de mero lucro personal, representa en cambio, una función social y un acto de servicio de los particulares para con la comunidad .-⁵²⁰

La Constitución peronista de 1949 consagró expresamente la función “social” de la propiedad. Reconoció numerosos derechos, también “sociales”, en las relaciones urbanas y agrarias, así como diferentes mecanismos de manejo público de la economía. En muchos casos, la propiedad pública se entendió como propiedad estatal, limitando las posibilidades de autogestión de los trabajadores en la vida económica (no era una cuestión menor, de hecho, que la Constitución no reconociera el derecho de huelga). Este impulso, fue resistido por los poderes fácticos y sus aliados externos, que recurrieron al golpe de Estado como manera de preservar sus intereses. Con el peronismo ya proscripto, la convención de 1957 retomó la antigua formulación del derecho de propiedad. Y si bien agregó al artículo 14 un apartado –el artículo 14 bis– en el que se mantenían algunos derechos sociales, dejó intacto el orden constitucional económico tradicional.

IV. La situación argentina

Frente al carácter absoluto de la propiedad en el derecho romano, Santo Tomás elabora su doctrina de la función social de la propiedad, basándose en las enseñanzas de Cristo. Entendía Santo Tomás que la tierra y todas sus pertenencias son de Dios; únicamente porque Él les reconoce tal poder, los

520 ALBERTO DAVID LEIVA – EZEQUIEL ABASOLO, “El Juez Casares. Un jurista al servicio del bien común”, Ed. U.C.A., pag. 39 y s.s.

hombres pueden poseer los bienes materiales y servirse de ellos en procura de la atención de su propio fin: rendir gloria a Dios. La posesión de la propiedad no implica un derecho absoluto, porque tiene que realizar una función orientada en el bien común. Es notable la influencia tomista en las cláusulas constitucionales de 1949 sobre el derecho de propiedad: “La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común” (artículo 38). Principio reiterado por la reforma en otras cláusulas específicas, a saber:

1º) función social del campo: “El Estado debe fiscalizar la distribución y la utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva”;

2º) función social del capital, que “debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino” (artículo 39);

3º) función social de las empresas, que deberían tener “por fin el bienestar del pueblo dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social” (artículo 40).-

Las reformas de 1949 adoptaron la teoría del abuso del derecho: “los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación, configuran delitos que serán castigados por las leyes” (artículo 35).-

Se revisó la teoría de la “autonomía de la voluntad” en el derecho obligacional. Frente al contrato como institución reducida meramente al ámbito de las convenciones particulares, la reforma levantó el acuerdo entre los grupos profesionales, reconociendo a los sindicatos la calidad de organismos naturales para la defensa de los intereses del trabajador.-

Por otra parte, el reconocimiento de la facultad estatal de intervenir en la economía (artículo 40) o en la distribución y utilización de la tierra (artículo 38) revelaban la pérdida de entidad del principio de la autonomía contractual, otra de las piezas maestras del derecho liberal.-

Dicha reforma constitucional se inscribe en la línea del constitucionalismo social, cuya característica fue agregar a los clásicos derechos individuales, los derechos sociales, limitando asimismo el ejercicio del derecho de propiedad al reglamentarlo en “función social”. Entre las **constituciones del período de interguerra** que recibieron las influencias de aquel constitucionalismo señalamos: las de México de 1917; Alemania de 1919 –Weimar-; Finlandia de 1919; Austria de 1920; Checoslovaquia de 1920; Yugoslavia de 1921; Polonia de 1921 y España –republicana- de 1931.-

En el **constitucionalismo europeo de la segunda posguerra mundial** (anteriores a la reforma de 1949) destacamos las dos constituciones francesas de 1946 y la italiana de 1948.-

Entre las **latinoamericanas** mencionamos las de Perú de 1933; de Uruguay de 1934, 1938 y 1942;

de Cuba de 1940; de Brasil en 1946. Así también “La declaración de Principios Sociales”, aprobada por la Conferencia Interamericana de Chapultepec, México en 1945 y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de Bogotá en 1948.-

La cuestión social tuvo por antecedentes diversos **pronunciamientos de la Iglesia Católica**. El código de Malinas; la encíclica Rerum Novarum del Papa León XIII (1891); *Quadragesimo Anno* (1931) y *Divini Redemptoris* (1937).-

En la **Argentina, entre los antecedentes de cláusulas económico sociales en las constituciones provinciales** señalamos la de Santa Fe de 1921 (aplicada recién entre 1932/35), la constitución de San Juan de 1927, de Entre Ríos de 1933 y Santiago del Estero de 1939.

En muchos aspectos la constitución italiana aprobada el 22 de Diciembre de 1947 obra como antecedente en la reforma de la constitución nacional de 1949.

Verbi gratia, el artículo 2°: *“se reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea dentro de las organizaciones sociales donde se desenvuelve su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y sociales”*.

Por el artículo 39: *“Es misión de la república remover los obstáculos de orden económico y social que limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”*.

Esta constitución, reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y el Estado tiene el deber de promover las condiciones que hagan efectivo este derecho.

Los orígenes del anteproyecto de reformas, de la constitución de 1949, tiene por autor a José Figuerola, jurista y estadígrafo (quien habría colaborado en España con José Antonio Primo de Rivera, fundador de la Falange Española), siendo designado en 1946 Secretario Técnico de la Presidencia de la Nación. Dos años más tarde le encarga el Presidente de la Nación la redacción del Anteproyecto de reformas a la Constitución Nacional. Realiza Figuerola un estudio de derecho constitucional comparado, pero, presenta un proyecto con exceso de artículos (mas de 300). Decidiendo entonces, el Presidente preparar un Anteproyecto más acotado. La representación oficialista en la Cámara de Diputados había presentado algunos proyectos. En 1947 Eduardo Colom y otros legisladores. En 1948 John William Cooke, Oscar Albrieu, Joaquín Díaz de Vivar, Ernesto Palacio, Alejandro Leroy y otros.

En Agosto de 1948, se dictó la ley 13233 declarando necesaria la revisión y reforma de la constitución nacional a los efectos de suprimir, modificar, agregar y corregir sus disposiciones “para la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bien de la Nación”. Como se había prohibido presentar proyectos individuales de reforma en el bloque oficialista; todos debían ser remitidos a la “Comisión de Estudios del Anteproyecto de Reformas a la Constitución”, presidida por el Doctor Arturo Enrique Sampay.

Entre los diversos proyectos presentados a esta comisión se destacan los de Luis Ricardo Longhi y

Pablo Ramella, ambos constitucionalistas, asimismo algunas universidades elaboraron proyectos enviados a la mencionada comisión y el partido dirigente entregó también su proyecto a la antedicha comisión. Con todos los antecedentes Sampay, reelaboró su proyecto, el que, con muy pocas modificaciones fue el que se aprobó en 1949, como texto de la Reforma.

La **constitución de 1949**, significó un cambio profundo en cuanto al contenido social y económico que tiene el nuevo articulado. **Dicha reforma se asentó en tres ideas base 1) La función social de la propiedad privada; 2) la humanización del capital y 3) el intervencionismo del Estado.-**

El Presidente de la Comisión de reformas y miembro informante Arturo Sampay fijó las ideas fundamentales que inspiraban la reforma, cuestionando de inicio la filosofía liberal que impregnó la constitución de 1853. Sampay decía:

La Constitución de 1853, como todo el liberalismo, se propone afianzar la libertad personal – en lo cual reside lo vivo del liberalismo, aunque no es criatura suya, sino del cristianismo, pero en esa concepción la libertad comportaba, simplemente, la supresión de las construcciones jurídicas. En consecuencia, la visión del Estado que anima a la Constitución de 1853 tiende a contenerlo en un mínimo de acción, neutralizándolo en el mayor grado posible con respecto a las tensiones de intereses existentes en el seno de la sociedad.

La constitución de 1853 escinde el dominio económico social, concebido como el campo reservado a las iniciativas libres y apolíticas, y el dominio político reducido a las funciones estrictamente indispensables para reestablecer las condiciones necesarias para el libre juego de los intereses privados.

Citando a Alberdi, señala :

La constitución contiene un sistema completo de política, en cuanto garantiza, por disposiciones terminantes, la libre acción del trabajo, del capital y de la tierra, como principales agentes de la producción; ratifica la ley natural del equilibrio que preside el fenómeno de la distribución de la riqueza, y encierra en límites discretos y justos los actos que tienen relación con el fenómenos desde los consumos públicos....

He aquí –concluye Alberdi- todo el ministerio de la ley, todo el círculo de su intervención en la producción, distribución y consumo de la riqueza pública y privada; se reduce pura y sencillamente a garantizar su mas completa independencia y libertad, en el ejercicio de esas tres grandes funciones del organismo económico argentino.

La cita traída a colación por Sampay, tiene por sentido; resumir la filosofía de la Constitución del '53, por su mismo autor, para luego fundar un cambio en la filosofía política que anima la reforma de 1949.-

Al respecto dice:

No me ocuparé en poner de relieve los errores de esta concepción política, que tuvo efectos que produjeron una penosa realidad sociológica- la concentración de la riqueza en pocas manos y su conversión en un instrumento de dominio y de explotación del hombre por el hombre- y que mientras algunas potencias extranjeras proclamaban al exterior la libertad económica para servirse de ella en su política de imperialismo y de monopolios mercantiles, nos llevaron a nosotros, en aras de ese esquema utópico, con toda buena fe. Pues la generación liberal del 53 estaba constituida por doctores de una ideología, y no por servidores de una plutocracia, a poner en manos ajenas el usufructo de nuestras riquezas y hasta el contralor internacional de nuestros ríos interiores (...)

La realidad histórica, (...) enseña que el postulado de la no intervención del Estado en materia económica, incluyendo la prestación de trabajo, es contradictoria en sí mismo, porque la no intervención significa dejar libres las manos a los distintos grupos en sus conflictos sociales y económicos, y por lo mismo dejar que las soluciones queden libradas a las pujas entre el poder de esos grupos. En tales circunstancias, la no intervención implica, la intervención a favor del más fuerte, confirmando de nuevo la sencilla verdad contenida en la frase que Talleyrand usó para la política exterior. La no intervención es un concepto difícil; significa aproximadamente lo mismo que la intervención.

El Preámbulo de la Constitución de 1949 dice:

*Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente, por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y la cultura nacional y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino, **ratificando la irrevocable decisión de constituir una Nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana**, e invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia, ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina*

Ese Preámbulo explicita en una suerte de acta fundacional, los motivos, fines y la advocación bajo la que actúa el poder constituyente.-

La reforma mantiene la estructura general y letra del Preámbulo de la Constitución de 1853.-

Formuló el agregado relativo a la **cultura nacional** y a los objetivos políticos enunciados, los que serán desarrollados a continuación. Por otra parte mantuvo el compromiso teísta, en tanto fuente de toda razón y justicia.-

En su informe el convencional Sampay manifestaba:

Cultura está tomada aquí en su acepción general del vocablo y no con la acepción específica que

le asigna la filosofía moderna, vale decir; el conjunto de conocimientos humanos que preparan el ejercicio de las facultades del hombre. Con ese sentido, se requieren dos clases de cultura, una como persona individual y otra como miembro de un cierto Estado que debe su existencia de comunidad a su acervo tradicional valioso a la raíz histórica de donde brotó y de donde nace su vocación trascendental.

*La **cultura personal** abarca ese conjunto de conocimientos que el hombre necesita para proceder en la vida según las exigencias de su condición humana, tales como las ideas sobre su origen, sobre su naturaleza, sobre su finalidad, el conocimiento de sus deberes y de sus derechos.*

*La segunda, la **cultura nacional**, se refiere a la naturaleza, condiciones, historia y exigencias de la Nación en que se vive y a la que se pertenece, porque teniendo cada nación su genio y destino, el ciudadano que sólo por serlo tiene ya obligación de responder a ellos, necesita, naturalmente conocerlos; necesita conocer los elementos particulares y características que hacen de la cultura del argentino como tal, algo diverso de la cultura del francés, del inglés o del italiano, y cuyo conocimiento es imprescindible para comprender y vivir íntegramente la vida nacional”*

Sampay al explicar las reformas en materia económica dejó en claro que la nueva posición política que informó toda la reforma se alejó de las concepciones totalitarias de estatización de la economía al modo soviético y de la concepción liberal capitalista. Afirma que la disyuntiva no será entre dos tipos de economías –libre o dirigida- sino que el interrogante versa sobre quién dirigirá la economía y hacia que fin. Aclaró entonces:

La concepción que informa la renovación constitucional, en cambio, es la de una economía humanista, que proyecta asegurar, en colaboración con las iniciativas individuales el desenvolvimiento armónico de la economía, para alcanzar el bien de todos, para lograr la libertad democrática que es la que asegura el máximo de libertad al conjunto del pueblo, y para derogar la libertad de explotación, la libertad de los poderosos que siempre traba la libertad de los débiles.

Con ese fin, se dirige la economía de modo que permita a cada miembro de la sociedad beneficiarse con un mínimo vital, que lo que supone una organización que aproveche todas sus fuerzas y recursos productivos de que el país dispone.

En cuanto a la propiedad privada y la libertad económica indicaba:

La noción de propiedad privada y libre actividad económica individual por una parte, y la de justicia social, por la otra, son las dos columnas sobre las que ha de tenderse el arco de la vida económica argentina, a cuya libertad de iniciativas la Constitución no señala más límite, en cuanto a sus propósitos, que el impedimento para monopolizar los mercados –porque de lo contrario se establecería una economía dirigida para provecho de pocos- y en cuanto a las ganancias, que la prohibición de ser usurarias, vale decir que la Constitución rechaza los beneficios injustos. El concepto genérico de usura en los precios está dado por la exacción abusiva que se pretende de la venta de un bien o de la prestación de un servicio, incluidos los negocios industriales, en amplio sentido, ya sean estrictamente económicos, agrícolas, manufactureros o comerciales. Anoto, ... que

esta limitación al provecho de la actividad económica, propiciada por la reforma, va en busca de la causa del capitalismo moderno, la licitud del lucro "in indefinitum.

Las mentadas expresiones intelectuales encuentran finalmente eco en el texto constitucional del siguiente modo:

Capítulo IV. La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica

El artículo 38 (ex 17) prescribe:

La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva. La expropiación por causa e utilidad pública o interés general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invención o descubrimiento por el término que le acuerda la ley. La confiscación de bienes queda abolida para siempre de la legislación argentina. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones ni exigir auxilios de ninguna especie en tiempos de paz.

Diversas interpretaciones del art. 38: "*la propiedad tiene función social*"

a) Para **Sofanor Novillo Corvalán** fue inocua su constitucionalización: "**Hay más estridencia que nueva sustancia**" –dice– porque a diferencia de Duguit, **el principio no impera sobre el titular del dominio, sino sobre el Estado**, mediante tributos legalmente establecidos, "*de modo –agregó– que la crítica que fustiga al individualismo en el derecho, más discurre sobre una deformación de la realidad que sobre un sistema jurídico positivo*"⁵²¹

b) Para **Carlos Enrique Mackinnon**, podría ser **peligroso**, no porque estuviese en el ánimo de los convencionales suprimir la propiedad individual, sino **porque** "pueden venir mañana **otros hombres con otras ideas, e interpretar** que lo que se agregó además de la función individual, no es un agregado sino **que** es exclusivo y **la función social haría desaparecer la función individual**"⁵²²;

c) **Faustino Legón** observaba que **para que exista "la función social es imprescindible que la propiedad exista"** y pondera dos objetivos del principio, la productividad y el "programa de mayor y

521 SOFANOR NOVILLO CORVALÁN, "La propiedad en el código, en el proyecto de reformas, en la nueva Constitución y en las legislaciones modernas", en La Ley, t. LX, p. 887. A esta interpretación se opone Ramella, considerando que sí crea obligaciones "que reclama la justicia social" y limita el derecho de propiedad. PABLO A. RAMELLA, Derecho Constitucional, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 554.

522 CARLOS ENRIQUE MACKINNON, La propiedad; doctrina social cristiana, legislación argentina, cit. en SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, Tratado de las Ciencias del Derecho Constitucional Argentino y comparado, T. IV (cito en nota 72), p. 82

mejor distribución”⁵²³;

d) **Casiello** le atribuyó una doble función: individual y social. Respecto de la sombra del titular del dominio sobre las cosas, dijo: “*después de cobijar al propio titular, extiende su sombra protectora también sobre los demás*”. La metáfora de la sombra del individuo sobre las cosas se proyectaba a la sociedad. Pero advertía, a diferencia de Novillo Corvalán: “*no cabe estrictamente, identificar la función social de la propiedad con las limitaciones impuestas a su ejercicio: éstas suponen frenos e inhibiciones, en vez de contener las facultades del propietario, [...] las estimula y encauza, [...] con el aporte imponderable de los altos conceptos sociales de servicio y solidaridad*”.

Los partidarios de la reforma y del instituto, piensan que la Corte tuvo soluciones contradictorias. Ramella, tiene dos ediciones de su Derecho Constitucional y dos formas de analizarlo. En la edición de 1961, realizada sobre la Constitución de 1949, se limitó a dar los fundamentos que inspiraron la introducción del instituto, remontándose a los primeros antecedentes constitucionales, y en 1949 se asentó en la doctrina social de la Iglesia, las encíclicas papales desde León XIII, para referirse al derecho natural de la propiedad, sostuvo que en 1949 se inspiraron en esa doctrina, en la Constitución italiana de posguerra, en el libro de Oscar Cocca sobre la propiedad de la tierra.-

En la edición de 1982, estructurada en función de la Constitución de 1953-57, incorporó además el Concilio Vaticano II, hace la exégesis del Código Civil en su reforma de 1968, en tanto le sustrajo al de Vélez Sarsfield el abuso, entendiendo que de esta forma se contemplaba la función social de la propiedad. Además hizo una interpretación diferente de la de Linares Quintana respecto de los fallos de la Corte. Consideró que la jurisprudencia llegaba a soluciones contradictorias. Cita los fallos “Horta v. Harguindeguy” en el que la Corte hace hincapié en la absolutez del dominio, mientras que en el fallo “Hercolano v. Lanteri de Reshaw”, lo relativizó. Y concluyó: “(...) *la función social de la propiedad se traduce (...) en limitaciones al ejercicio de ese derecho y en obligaciones a cargo del propietario, (...) por el Estado en beneficio del bien común*”⁵²⁴.-

Salvador Vigo ponderó la importancia del nuevo instituto porque, interpretaba que Vélez Sarsfield pertenecía a la escuela clásica, por su “*individualismo radical, derecho absoluto, ilimitado, sin fiscalización, (...) moldeando así el art. 2513 del Código Civil, consagradorio de las facultades de desnaturalizar, degradar y destruir la cosa*”.

Si el gobierno se constituye juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse juez del uso y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida.

El problema de las diferentes interpretaciones sobre el pensamiento de Vélez Sarsfield es cuál de las notas a los artículos del código se remiten. Si sólo citan el artículo 2513, referido al abuso, van a interpretar que es absoluto el dominio, pero si en cambio citan el artículo 2508 del Código Civil

523 FAUSTINO J. LEGÓN y SAMUEL W. MEDRANO, Las constituciones de la República Argentina, Madrid, 1953, pp. 154 y 155.-

524 PABLO A. RAMELLA, Derecho Constitucional, Depalma, Buenos Aires, (1ª ed.1960 sin pie editorial), 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 551 a 555.

en el que Vélez Sarsfield dice: “Cuando establecimos que el dominio es exclusivo, es con la reserva que existe con este carácter, sino en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual”. Es decir, este último comentario de Vélez Sarsfield, bien puede ser base de la función social, claro está que ante esa disyuntiva, siempre es mejor aclararlo.

Artículo 39 (texto nuevo): *“El capital debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino”.*

V. Recepción en la Corte Suprema de Justicia

Desarrollaremos la posición de la Corte después del juicio político de 1947 y después de la institucionalización del instituto de la función social de la propiedad y cómo aplicó, y si aplicó, el principio de la propiedad “tiene una función social”.

Podría pensarse que luego del juicio a los magistrados de la Corte en 1947, remoción y el nombramiento de nuevos jueces más afines al gobierno, explicaría los fallos inmersos en la justicia social, no es esa nuestra intención, sino considerar la jurisprudencia posterior al período de mayor entrega de tierras como se verá en el punto siguiente, vigente todavía el art. 17 de la Constitución Nacional de 1853 y una vez incorporado al texto constitucional la función social de la propiedad⁵²⁵.

Remitiéndose a los fallos anteriores a 1947 que respondieron a una idea social, dejando de lado aquellos que resguardaban la propiedad privada con un carácter casi absoluto, es interesante analizar las diferencias terminológicas de los fallos de un período al otro que muestran las distintas concepciones filosóficas. Por ejemplo, el fallo “Agustín Ercolano v. / Julieta Lanteri Renshaw” (1922), le sustrajo el carácter absoluto al dominio en estos términos:

*ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar ese derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última*⁵²⁶.

525 JULIO OYHANARTE sobre la actuación de la nueva Corte a partir de 1947, expresa: “Para mí esta etapa no es tan mala como quieren los detractores del justicialismo, ni tan buena como pretenden sus apologistas. En el lapso 1947/55 hubo indiscutible capacidad profesional y continuidad en la elaboración de las soluciones técnico-jurídicas [...] Tal lo acontecido con las cuestiones de derecho público, administrativo y financiero y con la doctrina sobre sentencias arbitrarias...”. Cit. en A. PELLET LASTRA, *Historia política de la Corte...* cit., p. 143. “También es cierto –agrega este autor– que en sus fallos sobre temas sociales en que no estaba en juego el poder presidencial, esta Corte reveló eficacia e innovó en algunos aspectos de la doctrina y jurisprudencia hasta entonces predominante y aceptada.-

526 Fallos, t. CXXXVI, pp. 161 y ss. El ministro A. Bernejo se expidió en disidencia, alegando que “la propiedad es una de las bases cardinales de la organización civil de los pueblos en el estado actual de la cultura y de la civilización, [y por lo tan-

En el fallo “Manuel f. Cornú v. / José Ronco” (1924) si bien ubicó la propiedad en los fundamentos del orden jurídico “*por encima de las leyes, y ha quitado, al Congreso la posibilidad de suprimirlo*”, agrega que ello no significaba que no se encontrase investido de la facultad de sancionar y establecer todas aquellas disposiciones razonables y convenientes no repugnables a la Constitución, y que concudiesen a *asegurar el bienestar social y económico* de la República y de sus habitantes. Que el derecho de propiedad, como todos los demás derechos convencionales y sociales no es de manera alguno absoluto⁵²⁷.-

Con términos similares se expresó en el fallo “Oscar Agustín Avico v./ Saúl G. de la Pesa” (1934) agregando que coinciden con los fallos de la Corte Suprema de los EE.UU. “que siempre han inspirado nuestras decisiones” y que la crisis económica justifica la ley porque “todas sus disposiciones se proponen salvaguardar un fin legítimo; *el interés público*”. Los nuevos magistrados de la Corte⁵²⁸, ya antes de reformarse la Constitución, muestran mas que los otros la inclinación social de su pensamiento. Así, por ejemplo en el fallo “Inocencia Castellano y otros v. / Aurelio y Germán Quintana” (1947),

el derecho de propiedad es inviolable [dice el fallo], en tanto y en cuanto su ejercicio no obste al bien común, fundamento de todo derecho individual y por ende anterior y superior a ellos”. Indudablemente, la mención del bien común los filia al pensamiento social católico, y los aparta más que a los otros, de la concepción individualista de la Constitución de ese entonces. Son más contundentes. En otro fallo, “Juan Manuel Berisso y Hermanos S.A. v. / Provincia de Entre Ríos” (1948), “no hay inviolabilidad de la propiedad que prevalezca contra una urgencia de bienestar general. En presencia de esta última el imperio del poder administrador alcanza su plenitud.”⁵²⁹.-

A un mes de reformada la Constitución, el fallo “Juan Bueno v. Victorio Vollenweinder” (7 de marzo de 1949), referido a la incidencia sobre un predio rural de la suspensión del desalojo, según la ley 13.198, la Corte sobreestimó la función social, es decir, la productividad del predio por sobre el derecho de uso del arrendatario. La Corte entendió que “*vulnerarán substancialmente la propiedad no sólo en orden a la integridad del derecho del dueño sino también desde el punto de vista de la finalidad social o bien común a la que debe subordinarse el uso de las cosas*”.

Con el mismo criterio se expresó este mismo Tribunal en los fallos “Provincia de San Luis v. / Cía. de electricidad Los Andes S.A.”, “Gutiérrez y de la Fuente Ltda. c./ Gobierno de la Nación s./ cobro de pesos”, “S.A. Neumáticos Good Year c./ Domingo H. Bonafina”, y otro sobre el ajuar modesto de la casa de familia del deudor “Tomás Celesia c./ Juan Zarategui”, estos últimos de 1954⁵³⁰.

to] Nada autoriza a los poderes públicos, ya sea el legislativo, el ejecutivo o el judicial, a apartarse de la Constitución...”.

527 Fallos, CXLII, p. 82.

528 Después del juicio político a Francisco Ramos Mejía, Sagarna, Benito Nazar Anchorena y Juan Álvarez el procurador general de la Nación, la Corte se integró con Tomás D. Casares que venía de la Corte anterior, pero no fue sometido a juicio. Según Pellet Lastra, por su posición de católico. Se designó en reemplazo de los destituidos a: Justo Álvarez Rodríguez, Luis Ricardo Longhi, Felipe Santiago Pérez, Rodolfo Valenzuela, y Carlos Delfino como Procurador. Los datos biográficos, estudios y actividades de dichos miembros en A. PELLET LASTRA, *Historia política...* cit., pp. 138 a 140.

529 90 Fallos T. CCI, p. 432, considerando 9.

530 Fallos T. 212:325; 213:224; 229-456; 229-630.

Ya dejada sin efecto la Constitución estudiada, en el recurso extraordinario: “Orden, Manuel de la c/Ingenio San Isidro S.R.L. s./ ordinario – cumplimiento de contrato y cobro de pesos” la nueva Corte volvió a tener una interpretación más individualista, al decir: “*ni el Código ni ninguna de las leyes nacionales que lo han modificado (...) han acogido la prohibición de pactar que los impuestos serían a cargo del locatario, por lo que debe entenderse que conserva todo su vigor al respecto el principio de la libertad de las convenciones*”⁵³¹.-

Hay varios fallos más referidos a la imposibilidad de la Corte de someter a valoración la calificación de utilidad pública que esgrimían varias leyes previas al acto de expropiación. Indudablemente, como se dijo en el análisis de la doctrina, la incorporación del instituto de la función social no representaba una ruptura del orden jurídico anterior, tampoco se puede decir que significaba su continuidad, más bien es una inflexión que sobreestima el bien común y detrás de ello la productividad económica, por sobre el derecho individual. Disminuyó la proyección de la personalidad sobre las cosas, para resaltar la proyección de la sociedad, de la comunidad, sobre los bienes. Una vez dejada sin efecto la Constitución retornó a imponerse el individuo sobre la comunidad, por eso el último fallo resalta la libre contratación de locaciones.-

531 Fallos T. 234:304.

El presente volumen reúne los trabajos presentados en las IV Jornadas sobre el Origen Romano de los principios generales del Derecho, realizadas de forma conjunta por la Facultad de Derecho de la UFLO y el Instituto Dr. Angel Lapieza Elli de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina.
