

ACTAS DEL VI CONGRESO DE PRINCIPIOS GENERALES Y DERECHO ROMANO

> 2019

Mirta Beatriz Álvarez
Agustina Sol Bernardi
Emiliano J. Buis
Graciela Elizabeth Cazzani
Viviana Elisabet Céspedes
Marisa Domínguez
Juan Carlos Ghirardi
Patricio Lazo González
Lucas Levalle
Luis Aníbal Maggio
Gastón Leandro Medina
Laura Liliana Micieli

Marilina Andrea Miceli
José María Monzón
Gabriela Victoria Morel
Leticia Inés Núñez
Néstor Alberto Raymundo
Norberto Darío Rinaldi
Julieta Salomé Rodríguez
Luis Rodríguez Ennes
Mariana Verónica Sconda
Emerson Federico Scrofano
Adrián Gustavo Vedia

ACTAS DEL VI CONGRESO DE PRINCIPIOS GENERALES Y DERECHO ROMANO

> 2019

Mirta Beatriz Álvarez
Agustina Sol Bernardi
Emiliano J. Buis
Graciela Elizabeth Cazzani
Viviana Elisabet Céspedes
Marisa Domínguez
Juan Carlos Ghirardi
Patricio Lazo González
Lucas Levalle
Luis Aníbal Maggio
Gastón Leandro Medina
Laura Liliana Micieli

Marilina Andrea Miceli
José María Monzón
Gabriela Victoria Morel
Leticia Inés Núñez
Néstor Alberto Raymundo
Norberto Darío Rinaldi
Julieta Salomé Rodríguez
Luis Rodríguez Ennes
Mariana Verónica Sconda
Emerson Federico Scrofano
Adrián Gustavo Vedia

Universidad de Flores

Rectora

Arq. Ruth Fische

Facultad de Derecho

Decana

Dra. Cecilia Garau

Director de la carrera de Abogacía

Dr. Juan Carlos Carretero

2020.- 298 pág.; 15 x 23 cm.

ISBN: 978-987-710-107-2

Diseño de portada: María Cecilia Kowalewicz

Maquetación: María Cecilia Kowalewicz

© Editorial de la Universidad de Flores, 2020

Octubre de 2020.

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

Fundación Pro Universidad de Flores

Actas de VI Congreso de Principios Generales y Derecho Romano
/ compilado por Mirta Alvarez ; Norberto Darío Rinaldi. - 1a ed. -

Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad de Flores, 2020.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga

ISBN 978-987-710-107-2

1. Derecho Romano. I. Alvarez, Mirta, comp. II. Rinaldi, Norberto Darío, comp. III. Título.

CDD 340.54

Índice

Prólogo	9
Norberto Darío Rinaldi	

Crónica del VI Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano	13
Mirta Beatriz Álvarez	

Conferencias

Vestimentas retóricas: una arqueología de la indumentaria judicial como objeto performativo en la Roma republicana	17
Emiliano J. Buis	

La igualdad ante la ley como principio general del derecho	41
Juan Carlos Ghirardi	

La <i>exceptio doli</i> y la función de indemnidad patrimonial. Un esbozo	61
Patricio Lazo González	

Realidad histórica y elementos legendarios en el derecho romano primitivo y en la Ley de las XII Tablas	79
Luis Rodríguez Ennes	

Ponencias

La prodigalidad de Roma al Código Civil y Comercial de la Nación	89
Mirta Beatriz Álvarez	
Los municipios. Su origen en el derecho romano y su recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina	109
Mariana Verónica Sconda	
El curador y los intereses de la persona con discapacidad en materia de salud sexual y reproductiva	149
Julieta Salomé Rodríguez	
Los intereses: algunas reflexiones de la influencia del derecho romano en el contenido del artículo 771 del Código Civil y Comercial de la Nación	161
Laura Liliana Micieli y Adrián Gustavo Vedia	
<i>De verborum significatione. "Nominis appellation rem significare Proculus ait"</i>	173
Luis Aníbal Maggio	
Modos de ingresar a la familia	197
Néstor Alberto Raymundo	
Bienes del dominio estatal: antecedentes romanos	203
Gabriela Victoria Morel	
La protección a la vivienda en el derecho romano y la comparativa con el sistema del artículo 58 de la Constitución de la Provincia de Córdoba	213
Agustina Sol Bernardi y Emerson Federico Scrofono	

Principio de exclusión de las mujeres de los oficios públicos y de su autonomía patrimonial. Algunas fuentes restrictivas de la capacidad de la mujer en la Roma imperial	223
Marisa Domínguez	
Sobre la herencia imperial romana	241
José María Monzón	
Desde el concubinato romano a la unión convivencial en la legislación civil argentina	265
Graciela Elizabeth Cazzani	
La enseñanza del derecho romano en la actualidad	273
Gastón Leandro Medina	
La aplicación del principio <i>Ubi Societas, Ibi Ius</i> en el derecho actual	287
Marilina Andrea Miceli y Leticia Inés Núñez (en colaboración con Viviana Elisabet Céspedes y Lucas Levalle)	

Prólogo

Por Norberto Darío Rinaldi

Se presentan las actas del VI Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano que organizan, cada vez con mayor éxito, la Facultad de Derecho de UFLO Universidad con la colaboración del Instituto de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina “Dr. Ángel Lapieza Elli”. El mencionado evento se llevó a cabo los días 1 y 2 de noviembre de 2019 en el SUM de la Sede Buenos Aires de UFLO.

Habida cuenta de la muy buena acogida que tuvo el formato utilizado para las actas del año 2018, se ha insistido en mantenerlo para la presente edición que contiene cuatro conferencias de primerísimo nivel.

En primer lugar, se incluye en el presente el texto completo de la conferencia que dio el profesor de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Dr. Patricio Lazo, que se refirió al tema de la equidad como principio y su aplicación a través de la *exceptio doli*, titulándolo “La *exceptio doli* y la función de indemnidad patrimonial. Un esbozo.”

El presidente de ADRA, Dr. Juan Carlos Ghirardi, de la Universidad Nacional de Córdoba, que había sido invitado, no pudo concurrir por razones de salud afortunadamente superadas en la actualidad, pero incorporamos al presente el texto de su conferencia que versó sobre “La igualdad ante la ley como principio general del derecho”, que fue generosamente leída por el profesor Luis Aníbal Maggio.

Se encuentra incorporado al presente también el texto de la conferencia que dictó el Dr. Emiliano Buis, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, quien expuso sobre una poco explorada característica respecto

de la vestimenta que se usaba ante los tribunales romanos. Su trabajo se tituló “Vestimentas retóricas: una arqueología de la indumentaria judicial como objeto performativo en la Roma republicana”.

También engalana las actas del VI Congreso, una vez más el aporte del muy distinguido profesor Luis Rodríguez Ennes, de la Universidad de Vigo (España) y Doctor Honoris Causa de UFLO Universidad, que aporta al presente el texto de una muy sesuda y amena conferencia referida a aspectos interesantísimos del derecho quirritario y que tituló “Realidad histórica y elementos legendarios en el derecho romano primitivo y en la Ley de las XII Tablas”.

Las ponencias cuyos textos también se incluyen tratan diversos aspectos del derecho romano privado y público. Algunos trabajos están referidos concretamente a la recepción del derecho privado romano en la legislación argentina vigente como el de la profesora Mirta Beatriz Álvarez sobre “La prodigalidad de Roma al Código Civil y Comercial de la Nación”; con la misma referencia podemos incluir el aporte de Julieta Salomé Rodríguez sobre la curatela que lleva el título de “El curador y los intereses de la persona con discapacidad en materia de salud sexual y reproductiva”. Asimismo se incluye un muy minucioso estudio sobre la relación entre los intereses en el artículo 771 del nuevo Código Civil y Comercial y el Derecho Romano elaborado por la Dra. Laura Liliana Micieli y el Dr. Adrián Gustavo Vedia titulado “Los intereses: algunas reflexiones de la influencia del derecho romano en el contenido del artículo 771 del Código Civil y Comercial de la Nación”.

También referidos a la recepción de diversos aspectos del derecho privado romano puede estudiarse la figura del concubinato en relación a la novísima “unión convivencial” incorporada a nuestra legislación, a través del aporte realizado por la Dra. Graciela Elizabeth Cazzani en su ponencia “Desde el concubinato romano a la unión convivencial en la legislación civil argentina” y, finalmente, contamos con dos trabajos referidos a principios romanos; uno de las Dras. Marilina Andrea Micieli y Leticia Inés Núñez, referido a la transferencia de un principio romano al derecho actual en su ponencia que titularon “La aplicación del principio *Ubi Societas, Ibi Ius* en el derecho actual” y el segundo de la Dra. Marisa Domínguez sobre el “Principio de exclusión de las mujeres de los oficios públicos y de su autonomía patrimonial. Algunas fuentes restrictivas de la capacidad de la mujer en la Roma imperial”.

En el campo del derecho público romano encontramos los trabajos de la Dra. Gabriela Victoria Morel sobre “Bienes del dominio estatal: antecedentes romanos”; el de la Dra. Mariana Verónica Sconda sobre “Los municipios. Su

origen en el derecho romano y su recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina” y los Dres. Emerson Federico Scrofono y Agustina Sol Bernardi sobre “La protección a la vivienda en el derecho romano y la comparativa con el sistema del artículo 58 de la Constitución de la Provincia de Córdoba”. Además, siempre dentro del derecho público romano, se incorpora el texto de la ponencia del Dr. José María Monzón que trata sobre la naturaleza del Imperio y está titulado “Sobre la herencia imperial romana”.

Completan esta obra otros tres trabajos; el del Dr. Luis Aníbal Maggio, quién, haciendo gala de sus muy reconocidos méritos filológicos, presentó una ponencia titulada “*De verborum significatione. ‘Nominis appellationem significare Proculus ait’*” en la que hace un paneo meticuloso sobre las posiciones del realismo y el nominalismo en un maravilloso viaje a través de nada menos que Próculo, Aristóteles y Kelsen. El Dr. Néstor Alberto Raymundo presentó un trabajo sobre el tema de la familia romana, que tituló “Modos de ingresar a la familia”; y, finalmente, está incorporada la colaboración del Dr. Gastón Leandro Medina sobre el estado actual de la docencia romanística bajo el título de “La enseñanza del derecho romano en la actualidad”.

Como puede apreciarse, las conferencias dictadas y los trabajos presentados en el VI Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano resaltan una vez más la fuerza que tienen los estudios iusromanísticos, filosóficos e históricos en nuestro país, la dedicación y esfuerzo que ponen los docentes e intelectuales sobre esas materias y la importancia que van adquiriendo los eventos académicos dedicados a profundizar los estudios y difundir la alta calidad que ha alcanzado la investigación en nuestros días.

Una breve mención final de agradecimiento a los organizadores por el esfuerzo realizado para traer al país las importantísimas figuras de América y Europa que continúan enjoying estos verdaderos acontecimientos académicos que son los Congresos de Principios Generales y Derecho Romano, y a los ponentes en general por haber dado una nueva muestra de los alcances logrados en el estudio y la investigación del derecho romano en nuestro país.

Crónica del VI Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano

Por Mirta Beatriz Álvarez

Los días 1 y 2 de noviembre de 2019, se celebró en el SUM de la sede Buenos Aires de UFLO Universidad, el VI Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano, organizado por la Facultad de Derecho de UFLO Universidad y el Instituto de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina “Dr. Ángel Lapieza Elli”.

A continuación de la ceremonia de apertura, tuvo lugar la conferencia inaugural, a cargo del Dr. Patricio Lazo, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, titulada “La *exceptio doli* y la función de indemnidad patrimonial. Un esbozo”.

Como cierre de la primera jornada, el Prof. Luis Aníbal Maggio leyó la conferencia del Dr. Juan Carlos Ghirardi, de la Universidad Nacional de Córdoba y actual presidente de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA), quien no pudo viajar por razones de salud, sobre el tema “La igualdad ante la ley como principio general del derecho”. A continuación, el Prof. Maggio también presentó su libro *Numa Res Gestae*.

La segunda jornada comenzó con la conferencia del Dr. Emiliano Buis (UBA, Conicet, UNICEN), quien expuso sobre “Vestimentas retóricas: una arqueología de la indumentaria judicial como objeto performativo en la Roma republicana”.

La conferencia de cierre del Congreso estuvo a cargo del Prof. Luis Rodríguez Ennes, de la Universidad de Vigo (España) y Doctor Honoris Causa de UFLO Universidad, sobre el tema “Realidad histórica y elementos legendarios en el derecho romano primitivo y en la Ley de las XII Tablas”.

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

La asistencia fue muy numerosa, tanto de profesores como de alumnos, por lo que la capacidad del auditorio se vio colmada durante todo el evento.

Asistieron profesores de las siguientes universidades: UFLO, UBA, del Salvador, Kennedy, UAI, UCA, Morón, UCES, Nacional de La Matanza, Nacional de José C. Paz, San Isidro, Belgrano, Nacional del Centro, San Andrés, Nacional de Córdoba, Católica de Córdoba, Nacional de Tucumán, Nacional de La Rioja, Nacional de La Plata, Nacional de Lomas de Zamora, Católica de La Plata, Católica de Santiago del Estero y Católica de Salta.

También estuvieron presentes el actual vicepresidente y cinco presidentes eméritos de ADRA, el director del Instituto de Derecho Romano del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, el ex director y el secretario del Instituto de Derecho Romano del Colegio de Abogados de La Plata y el director del Instituto de Derecho Romano y Cultura Clásica de La Plata.

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

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

Se recibieron adhesiones y declaraciones de interés académico, así como designaciones de representación de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

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

Vestimentas retóricas: una arqueología de la indumentaria judicial como objeto performativo en la Roma republicana

Por Emiliano J. Buis¹

I. Introducción²

La emoción invade el dominio de la justicia. De ello hay pocas dudas. En efecto, es sabido que la práctica judicial en gran medida responde a un sustrato afectivo, que explica el papel subjetivo de los denunciantes, de los acusados, de los testigos y los jueces. Sin embargo, la racionalidad que ha caracterizado al derecho como orden normativo muchas veces ha ocultado la

¹ Profesor. Doctor. Facultad de Derecho y Facultad de Filosofía (UBA), UNICEN y UDESA. Investigador de CONICET. Contacto: ebuis@derecho.uba.ar.

² Este trabajo se enmarca en la producción correspondiente a mi Plan de Trabajo actual de CONICET sobre “*La materialización de la política exterior ateniense. Objetos, cuerpos y emociones internacionales en el drama cómico griego*”, en el que procuro explorar los modos en que la cultura material de la antigüedad clásica determinó la práctica normativa de las distintas póleis, tanto en el ámbito doméstico como en el plano interestatal.

importancia de los sentimientos, que muy a menudo quedan relegados en los estudios sobre la materia. Una serie de trabajos recientes, sin embargo, se ha preocupado por hacer visibles esas emociones que se encuentran albergadas de modo latente en el sistema regulatorio.³ En gran medida estos análisis que pretenden reestablecer la importancia de las pasiones jurídicas han abrevado en las teorías de la *performance*, que ha cobrado gran fuerza en las últimas décadas. Por “performance” me refiero a la reproducción, por medios verbales y físicos, de un discurso y una gestualidad elocuentes, propios de una dramatización, para producir efectos emotivos en el jurado y conseguir las consecuencias buscadas de persuasión.

El objetivo de este trabajo es trasladar algunos de los puntos centrales de esta teorización para recuperar elementos tradicionalmente ignorados de la práctica del derecho en la sociedad romana de época republicana. En particular, me interesa aquí cruzar los trabajos sobre la representación de los litigios romanos con aquellos análisis que, desde la cultura material, han explorado la trascendencia de los objetos para definir acciones y comportamientos. De modo específico, será cuestión de indagar en el papel de la vestimenta y del cambio de ropas, teniendo en cuenta que la manipulación objetual de los atuendos puede aportar una mirada novedosa para comprender la administración estatal del instrumento judicial en el caso del derecho romano.

II. El marco teórico: los estudios sobre performance y la teoría de los objetos

La *performance* sirve para explicar los modos y dispositivos de puesta en escena sociales según las cuales los sujetos se relacionan de modo práctico con las normas comunitarias dentro del espectro público.⁴ Este concepto ha permitido examinar, en el caso de la antigüedad, cómo la participación del ciudadano en diversas esferas políticas (como la asamblea, el teatro o las cortes)

³ Bandes, Susan (1999). “Introduction”. En *The Passions of Law*, New York y London: NYU Press, pp. 1-2.

⁴ Acerca de la teoría de la *performance* y su origen en los estudios sobre teatralidad, ver Dolan, Jill (1933). “Geographies of Learning: Theatre Studies, Performance and «The Performative»”. En

formaba parte de una lógica de creaciones compartidas y socialmente dinámicas; se trata de reconocer aquellas instancias culturales que se actualizan sobre los escenarios prefijados frente a una audiencia que comparte con los protagonistas una ideología común que consolida el poder de la comunidad.⁵ Si la dimensión de lo “performativo” implica la manifestación común de una escenificación del papel de ciudadano en la sociedad, no debe sorprender que, en gran medida, contenga una arista visual muy marcada.⁶

En el caso de la justicia, esta dimensión performativa logra reproducir, a modo de eco, la importancia de la visión propia del ámbito teatral.⁷ Si los espectáculos teatrales se estructuraban como un pleito judicial, donde una acusación escrita (el texto) era actuada y allí era juzgada por una audiencia masiva, del mismo modo los alegatos podían ser leídos, en sus alcances dramáticos, como un guión que requería ser actuado.⁸ En ese sentido, la recitación

Theatre Studies 45, pp. 417–441; Schechner, Richard (1977). *Performance Theory*, London y New York: Drama Book Specialists; Zarilli, Phillip (1986). “Towards a Definition of Performance Studies”. En *Theatre Journal* 38, pp. 372–376 (I) y 493–496 (II); Diamond, Elin (1996) (ed.). *Performance and Cultural Politics*. London y New York: Routledge; y Carlson, Marvin (1996). *Performance: A Critical Introduction*. London y New York: Psychology Press, entre muchas/os otras/os.

⁵ Cf. MacAloon, John (1984) (ed.). *Rite, Drama, Festival, Spectacle: Rehearsals toward a Theory of Cultural Performance*. Philadelphia: Institute for the Study of Human Issues.

⁶ Kavoulaki, Athena (1999). “Processional performance and the democratic polis”. En Goldhill, Simon y Osborne, Robin (eds.). *Performance culture and Athenian democracy*: Cambridge: Cambridge University Press, pp. 292–320, muestra bien que una de las características performativas comunes de las representaciones dramáticas y de los rituales de procesión era el énfasis en la visión, que se reconocía de modo explícito. Recordemos incluso que en griego el término *théatron* es un derivado del verbo *théamai*, “ver”. Acerca de la importancia de lo visual en la oratoria griega clásica, cf. O’Connell, Peter (2017). *The Rhetoric of Seeing in Attic Forensic Oratory*. Austin: University of Texas Press.

⁷ Cf. Hall, Edith (1995). “Lawcourt Dramas: the Power of Performance in Greek Forensic Oratory”. En *Bulletin of the Institute of Classical Studies* 40; pp. 39–58.

⁸ Wiles, David (2000). *Greek Theater Performance: An Introduction*. Cambridge: Cambridge University Press, pág. 135. Cf. también Papaioannou, Sophia, Serafim, Andreas y da Vela, Beatrice (2017). “Introduction”. En Papaioannou, Sophia, Serafim, Andreas y da Vela, Beatrice (eds.). *Theatre of Justice: Aspects of Performance in Greco-Roman Oratory and Rhetoric*, Leiden y Boston: Brill, pp. 1-9.

de memoria de los argumentos forenses debía ser reforzada con una fuerte presencia física, con un despliegue de gestos y manifestaciones del cuerpo que resultaran adecuados al contenido del discurso.⁹ La compatibilidad entre lo que se decía y la apariencia de quien lo decía era, sin duda, clave para el éxito de toda estrategia retórica, en la que la comunicación verbal y no verbal se complementaban para alcanzar un grado mayor de eficiencia persuasiva.¹⁰

Detrás de estos estudios performativos aplicables a la justicia hay, evidentemente, una fuerte apelación a los objetos que rodean al hablante, en tanto las cosas pueden contribuir, como elementos de utilería, a afirmar el carácter dramático de la puesta en escena de los juicios. Ya desde los estudios de la *performance* aplicados al teatro clásico queda claro que la relación entre la subjetividad “actuante” de los cuerpos y la pasividad y el estatismo de los objetos disponibles resultaba particularmente fructífera para complejizar los múltiples esquemas de desplazamientos escénicos. Es preciso tener en claro, por supuesto, que tanto en Grecia como en Roma la propia construcción del cuerpo en la tragedia y la comedia –su factura dramática– se basaba en la inclusión de objetos de disfraz, elementos materiales disponibles para el productor que contribuían a la trama y cumplían un claro rol simbólico. Estos objetos, que se tornaban apéndices del cuerpo visible de los personajes y los definían en términos de identidad, presentaban una interesante naturaleza híbrida, ya que en su complejidad buscaban disimular su condición de artificio y a la vez apuntaban a las características del disfraz actoral. Son elementos de los que se sirvió siempre el teatro antiguo, porque al igual que la escena misma, los objetos representados estaban impregnados de sentidos: al mismo tiempo ocultaban y dejaban ver su condición ficticia.

Los últimos años han visto surgir precisamente una creciente producción intelectual alrededor de la problemática de los “objetos” escénicos en el mundo

⁹ Kendon, Adam (1981) (ed.). *Nonverbal Communication. Interaction and Gesture*. The Hague: Mouton; Kendon, Adam (1997). “Gesture”. En *Annual Review of Anthropology* 26, pp. 109-128. Acerca de los gestos y su valor en los orígenes de la literatura griega, cf. Lateiner, Donald (1995). *Sardonic Smile. Nonverbal Behavior in Homeric Epic*. Ann Arbor: University of Michigan Press.

¹⁰ Sobre el uso de recursos de comunicación extra-verbal, tanto en la experiencia de los tribunales como en los escenarios dramáticos, cf. Aristodemou, Maria (2000). *Law and Literature. Journeys from Her to Eternity*. Oxford: Oxford University Press, p. 77.

antiguo. Basados en general en los trabajos pioneros centrados en la llamada “cultura material” (que procuran enfatizar la habilidad de los objetos para materializar relaciones),¹¹ varios textos han mostrado la necesidad de formular reflexiones sobre las “puestas en escena” sociales, teniendo en cuenta aquellos objetos –muchas veces ligados con prácticas colectivas o símbolos culturales– a los que recurren los individuos. Estas “cosas” complementan significativamente el movimiento de los cuerpos, en tanto son empleadas, entregadas, ocultadas o develadas, vistas y tocadas. Lejos de ser meros accesorios, son parte integrante de la acción, como ha demostrado Sofer (2003).¹² El poder de la circulación de objetos, entonces, no puede subestimarse, porque de hecho permite apreciar la interacción física de las personas, expresando de modo concreto sus proyecciones de poder y sus pretensiones de dominación. Además, la comparación de los elementos empleados en los espectáculos cívicos con aquellos objetos teatrales (*props*) revela que muchas veces estamos en presencia de elementos que, como instrumentos o utensilios, sirven metonímicamente como parafernalia para materializar valores abstractos o para traducir de modo visual experiencias y sensaciones que de otra manera sería imposible reflejar ante un interlocutor.¹³

El sociólogo Latour (2005), mediante su teoría del “actor-red” (*actor-network*

¹¹ Miller, Daniel (2005) (ed.). *Materiality*. Durham: Duke University Press, p. 5, por ejemplo, hablaba de la “cultura material” para definir del fenómeno por el cual lo que somos los seres humanos excede con creces los límites de nuestro cuerpo; estamos en realidad condicionados por una serie de “externalidades” que, desde múltiples dimensiones de la materialidad, configuran nuestra propia existencia. En definitiva, las “cosas” terminan afectando a los sujetos y no al revés, porque los objetos son factores constitutivos de la identidad individual y colectiva; cf. Miller, Daniel (2008). *The Comfort of Things*. London: Polity Press. Acerca de una introducción al concepto de “cultura material”, véase Julien, Marie Pierre y Rosselin, Céline (2005). *La culture matérielle*. Paris: La Découverte.

¹² Sofer, Andrew (2003). *The Stage Life of Props*. Ann Arbor: University of Michigan Press.

¹³ En la introducción de un volumen dedicado al tema, Brouillet, Manon y Carastro, Cléo (2019). “Introduction. Présences des artefacts.” En *Métis* N. S. 16, pp. 7-13, en p. 11, analizan el rol de las cosas y su importancia cultural como elementos de agencia. Acerca del valor material e inmaterial de los objetos en la Grecia antigua, también cf. Gernet, Louis (1968). “La notion mythique de la valeur en Grèce.” En *Anthropologie de la Grèce antique*. Paris: Maspero, pp. 93-137.

theory, en inglés), postuló que una mejor comprensión de las dinámicas colectivas requería incorporar los objetos como parte del entramado social: en efecto, en su opinión, el rol de las personas debía ser completado por todos aquellos elementos que estuvieran asociados y que también formasen parte del esquema de agencia.¹⁴ Considero que los tribunales son, por lo ya dicho, un terreno adecuado para pensar esa interacción, en la medida en que los objetos desplegados en el ámbito público resultan plenamente significativos al servir como focos que, al traducen valores históricos y culturales, resultan simbólicos en sus alcances comunicativos no verbales.¹⁵ Y en el caso del derecho romano, estos pensamientos resultan particularmente inspiradores si se tiene en cuenta la abundancia de objetos judiciales que, en tanto transmisores de información contextual, resultaban imprescindibles para el desarrollo de la persuasión cívica.

III. La vestimenta y los tribunales en Roma: una arqueología de las prácticas

Es bien sabido que la dosificación de las emociones que un orador trasmitía a los jueces constituía uno de los aspectos mencionados en todo buen tratado de oratoria, en la medida en que parece haber habido una clara relación entre las pasiones que se pretendían despertar en el auditorio y la ética correspondiente que debía mostrar un buen ciudadano romano.¹⁶ A partir de la

¹⁴ Cf. Latour, Bruno (2005). *Reassembling the Social: An Introduction to Actor-Network Theory*. Oxford y New York: Oxford University Press.

¹⁵ Cf. Appadurai, Arjun (1986) (ed.). *The Social Life of Things: Commodities in Cultural Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press. Los objetos responden a prácticas simbólicas, como ha sido estudiado por la llamada “teoría de las cosas” (*thing theory*), enarbolada entre otros por Brown, Bill (2001). “Thing Theory”. En *Critical Inquiry* 28 (1), pp. 1-22; Brown, Bill (2004) (ed.). *Things*. Chicago: University of Chicago Press; y Brown, Bill (2015) (ed.). *Other Things*. Chicago: University of Chicago Press, todos estudios producidos en el contexto del *Object Cultures Project* de la Universidad de Chicago.

¹⁶ Kaster, Robert (2005). *Emotion, Restraint, and Community in Ancient Rome*. New York y Oxford: Oxford University Press.

identificación de sentimientos positivos, que se compartían con el público, un querellante o un acusado podía movilizar la voluntad de los votos a su favor y en contra de su adversario. Como parte de estas estrategias de convencimiento, que apelaban al sustrato subjetivo, las palabras de los alegatos debían ir acompañadas por una gestualidad adecuada, es decir, por los movimientos correctos del rostro y por la postura conveniente de las extremidades del cuerpo.¹⁷ En ese despliegue, los objetos que quizás mejor contribuían a esas manifestaciones físicas eran las ropas que se llevaban puestas, ya que ellas transmitían con claridad toda una serie de códigos cívicos y se adaptaban a las circunstancias sociales circundantes: en los contextos públicos la indumentaria era capaz de traducir valores e impresiones.¹⁸

Como tal vez también ocurre hoy, la vestimenta cumplía en Roma un claro rol político, en tanto constituía un vehículo simbólico capaz de generar acuerdos tácitos o producir rechazo en aquellos que las apreciaban y distinguían. Me ocuparé aquí, a los efectos de fomentar una suerte de arqueología de la indumentaria, de relevar algunos pasajes en los que el empleo de determinadas vestimentas funcionaba performativamente como parte de la puesta en escena judicial.¹⁹ Ello implica que, salvo que resulte relevante para pensar en el plano jurisdiccional, dejaré mayormente de lado el uso político de las togas,

¹⁷ En el contexto romano, la importancia de las gestualidades públicas ha sido examinada por Corbeill, Anthony (2004). *Nature Embodied. Gestures in Ancient Rome*. Princeton y Oxford: Princeton University Press; y Corbeill, Anthony (2015). "Gesture in Early Roman Law: Empty Forms or Essential Formalities?." En Cairns, Douglas (ed.). *Body Language in the Greek and Roman Worlds*, Swansea: Classical Press of Wales, pp. 157-171. Sobre el rol performativo de los gestos, cf. Thomas, Kuhn (1991). "Introduction." En Bremmer, Jan y Roodenburg, Herman (eds.). *A Cultural History of Gesture. From Antiquity to the Present Day*. Cambridge: Polity Press, pp. 1-14.

¹⁸ Para una introducción a los estudios sobre la vestimenta en el mundo grecorromano, véase Cleland, Lisa, Davies, Glenys y Llewellyn-Jones, Lloyd (2007). *Greek and Roman Dress from A to Z*. New York: Routledge.

¹⁹ Con ello se complementan las reflexiones de Bablitz, Leanne (2007). *Actors and Audience in the Roman Courtroom*. New York: Routledge, en torno del carácter performativo del funcionamiento de los tribunales romanos. Si bien ese texto se focaliza en particular en el ambiente físico de los juicios, deja abierta la puerta para pensar en las "escenas" públicas de las tramitaciones forenses como parte de un espectáculo social.

que ha sido trabajado ya en diversas ocasiones,²⁰ para focalizar la atención de modo exclusivo en el plano de las cortes de justicia.²¹

Comencemos con un pasaje de Valerio Máximo (*Hechos y dichos memorables* 9. 7) en el que se deja en claro la importancia simbólica de la *toga praetexta* para indicar la labor de los magistrados:

*Consimili impetu mortis C. Licinius Macer, vir praetorius, Calvi pater, repetundarum reus, dum sententiae diriberentur, in maenianum conscendit: si quidem, cum M. Ciceronem, qui id iudicium cogebat, praetextam ponentem vidisset, misit ad eum qui diceret se non damnatum sed reum perisse, nec sua bona hastae posse subici, ac protinus, sudario, quod forte in manu habebat, ore et faucibus suis coartatis, incluso spiritu poenam morte praecurrit. qua cognita re Cicero de eo nihil pronuntiavit. igitur illustris ingenii orator et ab inopia rei familiaris et a crimine domesticae damnationis inusitato paterni fati genere vindicatus est.*²²

²⁰ Acerca del rol político de la ropa en el contexto de la Roma republicana, cf. Edmondson, Jonathan (2008). "Public Dress and Social Control in Late Republican and Early Imperial Rome". En Edmondson, Jonathan y Keith, Alison (eds.). *Roman Dress and the Fabrics of Roman Culture*. Toronto: University of Toronto Press, pp. 21–46; Petersen, Lauren (2009). "Clothes Make the Man: Dressing the Roman Freedman Body". En Fögen, Torsthen y Lee, Mireille (eds.). *Bodies and Boundaries in Graeco-Roman Antiquity*. Berlin: Walter de Gruyter, pp. 181–214; Tellenbach, Michael (2013). "Kleidung und Identitäten im Römischen Weltreich". En Tellenbach, Michael, Schultz, Regine y Wiczorek, Alfred (eds.). *Die Macht der Toga: Dress Code im römischen Weltreich*. Regensburg: Schnell & Steiner, pp. 13–20; y Dighton, Aerynn (2017). "Mutatio Vestis: Clothing and Political Protest in the Late Roman Republic". En *Phoenix* 71 (3/4), pp. 345-369.

²¹ Los pasajes que examinaré en este trabajo no corresponden a la totalidad de las fuentes conservadas. *Ratione brevitatis*, he optado por mostrar un recorrido de fuentes que resulte significativo para exponer el papel performativo del uso de determinadas vestimentas en contextos judiciales. Restaría, pues, complementar estas observaciones con un estudio más acabado y con un relevamiento más amplio y comprensivo de la literatura romana conservada del período clásico, a los efectos de corroborar las hipótesis preliminares aquí planteadas.

²² El texto latino empleado corresponde a la edición de Shackleton Bailey, D. R. (2000). *Valerius Maximus. Memorable Deeds and Sayings*. Cambridge (MA) y London: Harvard University Press y W. Heinemann. Las traducciones al castellano que se incluyen a lo largo de todo el trabajo me pertenecen.

En un apuro semejante a la muerte estaba C. Licinio Macer, un antiguo pretor, padre de Calvo. Estaba en un proceso por extorsión y, cuando se contaban los votos, trepó a un balcón. Viendo a M. Cicerón, quien era el presidente del tribunal, **cuando se quitaba la toga de magistrado**, envió un mensaje de que no moría como un hombre condenado sino como un acusado, y que su propiedad no podía ser subastada públicamente. Y entonces, con un pañuelo que tenía fuerte en su mano, se cubrió su boca y garganta y detuvo su respiración, anticipando así la sentencia de muerte. Cuando Cicerón se enteró de esto, no pronunció ninguna sentencia. Así un orador de ilustre talento se salvó no sólo de la miseria de un asunto familiar sino también de la reprobación de un crimen doméstico por el particular modo de morir de su padre.

El momento dramático del suicidio de Licinio, cuando en el año 66 a. C. estaba siendo juzgado por corrupción y extorsión, queda reflejado aquí en el cambio de vestimenta por parte de Cicerón. Esto responde al hecho de que la *toga praetexta*, vestimenta blanca con borde púrpura que solía ser utilizada por los altos magistrados o quienes desempeñaban funciones rituales (a diferencia de la toga viril, totalmente blanca que, sin adornos ni tintura, podía ser usada por cualquier ciudadano romano en edad adulta) cumplía un papel social significativo, ya que su uso implicaba el ejercicio de cargos republicanos.²³

²³ También se usaba con los menores antes de que llegaran a la edad adulta. Acerca de la toga y su rol en la afirmación de la identidad romana de los ciudadanos varones, véanse de modo general las contribuciones de Wilson, L. M. (1924). *The Roman Toga*. Baltimore: The John Hopkins Press; Wilson, L. M. (1938). *The Clothing of the Ancient Romans*. Baltimore: The John Hopkins Press; Stone, Shelley (1994). "The Toga: From National to Ceremonial Costume". En Sebesta, Judith y Bonfante, Larissa (eds.). *The World of Roman Costume*. Madison: University of Wisconsin Press, pp. 13–45; Vout, Caroline (1996). "The Myth of the Toga: Understanding the History of Roman Dress". En *Greece & Rome* 43, pp. 204–220; Pausch, Matthias (2003). *Die römische Tunika: Ein Beitrag zur Peregrinierung der antiken Kleidung*. Augsburg: Wißner-Verlag; Rothfus, Melissa (2010). "The gens togata: Changing Styles and Changing Identities". En *American Journal of Philology* 131 (3), pp. 425–452; y Olson, Kelly (2017). *Masculinity and Dress in Roman Antiquity*. London y New York: Routledge. Las informaciones con que mayormente contamos acerca de la toga provienen no de los testimonios literarios sino del material iconográfico conservado, como afirman Harlow, Mary y Nosch, Marie-Louise (2014) "Weaving the Threads: Methodologies in Textile and Dress Research for the Greek and Roman World". En Harlow, Mary y Nosch, Marie-Louise (eds.). *Greek and Roman Textiles And Dress: An Interdisciplinary Anthology*, Oxford y Philadelphia: Oxbow Books, pp. 1-33, en p. 12.

Detrás del empleo de ese atuendo en particular se descubre la potencialidad simbólica que otorgaba el ejercicio de cargos de autoridad.

Pero no solo la vestimenta permitía en Roma identificar el cumplimiento circunstancial de roles cívicos de prestigio o el desempeño de determinadas magistraturas. No es un dato menor que, en muchos casos, la identificación de ciertos atuendos funcionaba como indicador de un cambio de actitud: mediante ellos, por ejemplo, era factible mostrar que la personalidad de un ciudadano pasaba en ciertos supuestos a verse alterada por las circunstancias. Así ocurre, por ejemplo, cuando Cicerón describió a Publio Servilio Rulo – tribuno de la plebe en el 63 a. C.– definiendo su perfil a partir precisamente de su presentación visual (*Sobre la ley agraria* 2. 13):

*contio exspectatur P. Rulli, quod et princeps erat agrariae legis et truculentius se gerebat quam ceteri. iam designatus alio vultu, alio vocis sono, alio incessu esse meditabatur, vestitu obsoletiore, corpore inculto et horrido, capillatior quam ante barbaque maiore, ut oculis et aspectu denuntiare omnibus vim tribuniciam et munitari rei publicae videretur.*²⁴

Se esperaba el llamado a la asamblea de P. Rulo, tanto porque era el líder de la ley agraria como porque se comportaba más violentamente que los otros. Desde el momento en que fue designado pensó en tener una expresión diferente, otro tono de voz, otra manera de caminar, **una vestimenta más vieja, un cuerpo descuidado y sucio, con cabello más largo y más barba que antes**, de modo que por sus ojos y por todo su aspecto parecía que estaba denunciando a todos con el poder de su tribuna y amenazando la república.

La presencia física –incluyendo por supuesto la vestimenta que llevaba puesta– determinaba aquí la peligrosidad política del tribuno. Su apariencia descuidada era compatible con la utilización de vestimentas viejas (*vestitu obsoletiore*) y resultaba una manifestación simbólica de los riesgos que podía implicar Servilio Rulo para el régimen republicano.²⁵ Es evidente que la ropa debía

²⁴ El texto latino corresponde a la edición de Clark, Albert (1909) (ed.). *M. Tulli Ciceronis Orationes*. Oxford: Oxford University Press.

²⁵ Hall, John (2014). *Cicero's Use of Judicial Theater*. Ann Arbor: University of Michigan Press, p. 49.

de ser tenida por un componente esencial de los dispositivos retóricos a los que apeló la prosa de Cicerón, ya que la identificación de cierto tiempo de vestimentas le permitía avanzar fuertes críticas del orden de lo moral.²⁶ Imagen y ética, pues, se ven interrelacionadas en las presentaciones elaboradas por el orador, quien apelaba constantemente a la mirada del auditorio para dar a conocer, a través del uso de ropajes, la construcción discursiva de una personalidad ajena.

Del mismo modo en que los atuendos añejos eran representativos de una mirada negativa sobre quien se los ponía, en la composición ciceroniana la privación de atavíos era frecuentemente considerada un signo de pobreza: el ser despojado de vestimenta podía motivar la compasión de los jueces. Es lo que sucede, por caso, con la imagen de Sexto Roscio brindada por el orador, cuya falta de vestimenta era presentada como ejemplo de la honradez de quien había sido privado de todo por parte de sus enemigos (*Defensa de Sexto Roscio de Ameria*, 147):

*et tamen oppugnans eum quem neque metuere potes neque odisse debes nec quicumque iam habere reliqui vides quod ei detrahere possis. Nisi hoc indignum putas, quod **vestitum** sedere in iudicio vides quem tu e patrimonio tamquam e naufragio **nudum** expulisti.*²⁷

Y tú [Crisógono], ¿atacas a un hombre a quien no puedes temer y no debes odiar, y a quien, como **ves**, no le queda nada que le puedas robar? A menos que te parezca ultrajante **ver vestido** y sentado en este tribunal a un varón a quien despojaste de su patrimonio dejándolo tan **desnudo** como si hubiera sufrido un naufragio.

La insistencia en el verbo *video*, que aparece dos veces en el pasaje, sirve para mostrar una vez más la importancia de la construcción de la mirada como condicionante de la configuración física y ética de Sexto Roscio. El alegato de Cicerón, en efecto, juega con la antítesis entre la desnudez a la que lo habían sometido y el

²⁶ Dyke, Andrew R. (2001). "Dressing to Kill: Attire as a Proof and Means of Characterization in Cicero's Speeches." En *Arethusa* 34 (1), pp. 119-130, en p. 119. Sobre los códigos de vestimenta republicana en Cicerón, cf. Heskell, Julia (1994). "Cicero as Evidence for Attitudes to Dress in the Late Republic." En Sebesta, Judith y Bonfante, Larissa (eds.), *op. cit.*, pp. 133-145.

²⁷ El texto latino corresponde a la edición de Clark, A., *op. cit.*

hecho de que aparecía vestido ante el tribunal.²⁸ La asimilación al naufrago en el texto contribuye, además, a delinear el perfil del defendido, quien entonces aparecía como victimizado. La constatación de que la ropa podía llevar a la conmisericordia es indicativa del hecho de que el recurso performativo a determinados atavíos configuraba un dispositivo claro y eficaz, susceptible de afectar las emociones de los terceros.²⁹

En el discurso *Contra Verres*, Cicerón empleó esta misma codificación de la indumentaria para señalar la contraposición, en este caso, del acusado y de los sicilianos que habían sido maliciosamente perseguidos. Según el relato del alegato, Verres –gobernador de Sicilia entre el 73 y el 71 a. C.– trató de juzgar *in absentia* al orador Estenio, uno de los ciudadanos más célebres y ricos de Sicilia, procurando que se le impusiera la pena capital.³⁰ Si seguimos la narración ciceroniana, el Senado romano empezó rechazando la moción (2. 2. 95) pero, ante la insistencia del propio Verres, Estenio fue finalmente condenado (2. 2. 92-99). Cicerón, por lo tanto, se valió del contexto descrito para argumentar ante el colegio de los tribunos que la sentencia había sido injusta por haber sido dictada en ausencia del acusado (2. 2. 100). Sin embargo, Verres trastocó los hechos –todo, por supuesto, según las palabras de Cicerón– para convencer a su auditorio de que Estenio en realidad había estado presente. El orador recurrió entonces a la figura de la persecución injustificada para componer ante los jueces la imagen particular de un Estenio desventurado, sometido a vejámenes extremos (*Contra Verres* 2.5.127-128):

*hoc iam ornatu ad vos confugiunt. aspiciate, aspiciate, iudices, squalorem sordisque sociorum! Sthenius hic Thermitanus cum hoc capillo atque veste, domo sua tota expilata, mentionem tuorum furtorum non facit; sese ipsum abs te repetit, nihil amplius.*³¹

²⁸ Hall, J., *op. cit.*, pp. 59-60.

²⁹ Acerca de la variedad de mecanismos adecuados, en el mundo antiguo, para despertar esas emociones mediante estrategias de convencimiento, cf. Sanders, Ed (2016). "Introduction". En Sanders, Ed y Johncock, Matthew (eds.). *Emotion and Persuasion in Classical Antiquity*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, pp. 13-24. Es evidente que la portación de vestimentas propias o la identificación de aquellas del adversario era uno de esos dispositivos eficaces para atraer la predisposición del auditorio.

³⁰ Cf. Lintott, Andrew (2008). *Cicero as Evidence: A Historian's Companion*. Oxford: Oxford University Press, p. 84.

³¹ El texto latino del discurso corresponde a la edición de Peterson, William (1917) (ed.). *M. Tulli Ciceronis Orationes*. Oxford: Oxford University Press.

Con esta ropa estos hombres buscan refugio en ustedes. **Miren**, jueces, **miren el aspecto descuidado y las vestimentas sucias** de nuestros aliados. Aquí Estenio de Termas, a pesar de su cabello desaliñado y de su ropa, con toda su casa saqueada, no hace mención de tus robos. Solamente pide a ustedes el regreso de su propia persona, nada más.

La visión –en este caso referida mediante la reiteración del imperativo *aspicite*– vuelve a cargar las tintas en la presentación deplorable de Estenio. La moralidad es recuperada en el pasaje a partir de una oposición entre la apariencia lastimosa del siciliano y el hecho de que, de modo contrario al esperable, no se comportaba como un acusador frente a quien lo había injuriado. Se prefigura aquí una distancia insalvable entre la malevolencia de Verres y el carácter irreprochable de Estenio, tanto en lo que hacía a su perfil como a su decencia pública.

La mención de la condición sucia y poco prolija de Estenio, *squalorem sordisque*, lleva a la necesidad de identificar el sentido de los términos empleados en el pasaje. A la hora de distinguir esos conceptos, algunos han postulado que el término *sordes* cubría en su significado técnico a las vestimentas no limpias, mientras que *squalor* estaba más bien apuntando al cabello y la barba desaliñados.³² En rigor de verdad, la aparición de ambos sustantivos de modo coordinado permite advertir un alcance político en la referencia, que terminaba indicando, junto con la piel pálida y las lágrimas que buscaban misericordia, una apariencia total de desprotección y la actitud propia de una víctima que no era en absoluto merecedora de su desgracia.³³

La situación de estas vestimentas propias de un defendido no era radicalmente distinta de aquella en la que se hallaban quienes estaban en situación

³² Bablitz, L., *op. cit.*, p. 226, n. 85; y Blonski, Michel (2014). *Se nettoyer à Rome (II^e siècle av. J.-C.–II^e siècle ap. J.-C.): pratiques et enjeux*. Paris: Les Belles Lettres, pp. 38–39.

³³ Blonski, M. (2014), *op. cit.*, pp. 45–47. Acerca de estos términos capaces de indicar la degradación, la dejadez y la negligencia, véase además Blonski, Michel (2008). “Les sordes dans la vie politique romaine: La saleté comme tenue de travail?”. En Gherchanoc, Florence y Huet, Valérie (eds.). *S’habiller, se déshabiller dans les mondes anciens [Métis 6]*. Paris: EHESS, pp. 41–56. Este texto muestra bien papel cívico que cumplían estas vestimentas: el abandono –al mostrarse vestido con *sordes*– configuraba un indicador claro de la pérdida de la dignidad ciudadana y, como tal, era altamente significativo en el marco de las actuaciones judiciales.

de duelo. En efecto, es habitual en muchos casos que en la transformación de hábito se representara lo que era un cambio de status. Si el tipo de ropa que se usaba debía ser coherente con el *éthos* mostrado, entonces no debe sorprender la frecuencia con la cual la oratoria forense romana recurrió a los casos de cambio de atuendo para exteriorizar la desdicha o adversidad sufrida por la persona. Esta idea de una *mutatio vestis* o de la experiencia de *vestem mutare* presentaba, tanto en sus manifestaciones formales como en sus ocurrencias informales, fuertes ecos políticos: una vestimenta sucia podía mostrar con éxito ante los otros la caída social a un rango inferior. Con el cambio entonces de atavíos se buscaba motivar la compasión mediante la exhibición de la humildad y la construcción de un sentimiento de inferioridad que merecía recibir la simpatía ajena, como acontecía en el ejemplo citado con el pedido de ayuda dirigido a los romanos frente al accionar malicioso de Verres.

De modo semejante, algunos textos exteriorizan que las ropas empleadas durante las honras fúnebres eran a veces empleadas fuera de los contextos funerarios. Así, incluso cuando ningún familiar había muerto, era posible que un ciudadano recurriera a ellas para indicar de manera simbólica el drama que estaba atravesando. Llevar puestas ropas de luto dejaba traslucir que la injusticia recibida operaba como tragedia para la ciudad. No obstante, incluso cuando ello podía ser retóricamente útil, lo cierto es que había en la sociedad romana protocolos estrictos para el empleo formal de los vestidos oscuros (*toga pulla*).³⁴ Cicerón mismo se burlará de quien no respeta el código social del uso de tales atavíos en un discurso del año 56 a. C., *Contra Vatinio* (13. 30-32):

quo consilio aut qua mente feceris, ut in epulo Q. Arri, familiaris mei, cum toga pulla accumberes; quem umquam videris, quem audieris; quo exemplo, quo more feceris? (...) violasses templum Castoris, nomen epuli, oculos civium, morem veterem, eius, qui te invitarat, auctoritatem.

¿Con qué plan o intención hiciste esto, sentándote en el banquete de mi amigo Quinto Arrio con una **toga oscura**? ¿Alguna vez viste o escuchaste a alguien hacer esto? ¿Siguiendo qué ejemplo o qué costumbre hiciste esto? (...) Violaste el templo de Castor, el nombre del banquete, los ojos de los ciudadanos, la costumbre antigua y el prestigio de aquellos que te invitaron.

³⁴ Dighton, A., *op. cit.*, pp. 348-349. Sobre la *toga pulla*, cf. Edmondson, J., *op. cit.*, p. 31.

Cicerón deja entonces aquí la impresión de que el uso de una *toga pulla* en un banquete funerario (en este caso, el que organizó en el año 49 a. C. el hijo de Quinto Arrio en homenaje a su padre) se contraponía a la práctica establecida institucionalmente, mostrando a partir del desfasaje los alcances del código político de los atuendos.³⁵ En la antigua Roma era habitual que quienes estuvieran atravesando situaciones de duelo por el fallecimiento de un pariente se pusiesen vestimentas viejas y sucias, en señal de dolor.³⁶ Resulta claro que mostrarse públicamente en esos harapos implicaba producir emociones concretas en el resto de la ciudadanía.³⁷ Dado que, por lo general, las ceremonias rituales vinculadas con el padecimiento luctuoso se asociaban a la participación femenina en el seno de la familia, no llama la atención el hecho de que se conozcan detalles bastante concretos del uso de ropas fúnebres específicas por parte de las mujeres.³⁸ Evidentemente, dado que se empleaban en instancias coyunturales muy marcadas, las vestimentas fúnebres, tanto en el caso de hombres como de mujeres, eran constructos culturales dependientes de una serie de valores compartidos, capaces de vehiculizar información muy concreta sobre los comportamientos considerados correctos en aquellas situaciones connotadas subjetivamente, como era el caso de los rituales referidos a la muerte.³⁹

La comparación de la pobreza con el luto en estos contextos judiciales no puede subestimarse, en tanto se trataba de momentos signados por la inestabilidad y la degradación personal. En el caso de un acusado, se le sumaba la idea

³⁵ Heskell, J., *op. cit.*, p. 141.

³⁶ Olson, K., *op. cit.*, pp. 97–101.

³⁷ Para comprender las representaciones del duelo en la oratoria ciceroniana, véase Erskine, A. (1997). "Cicero and the Expression of Grief". En Braund, Susanna y Gill, Christopher (eds.). *The Passions in Roman Thought and Literature*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 36–47.

³⁸ Acerca de las vestimentas fúnebres femeninas y su relación con las emociones de quienes experimentaban el dolor y el sufrimiento, véanse Olson, Kelly (2004–2005). "Insignia lugentium: Female Mourning Garments in Roman Antiquity", *American Journal of Ancient History* 3–4, pp. 89–130; y Mustakallio, K. (2013). "Grief and Mourning in the Roman Context: The Changing Sphere of Female Lamentation". En Chaniotis, Angelos y Ducrey, Peter (eds.). *Unveiling Emotions II: Emotions in Greece and Rome: Texts, Images, Material Culture*. Stuttgart: Steiner Verlag, pp. 238–250.

³⁹ Taylor, Lou (1983). *Mourning Dress: A Costume and Social History*. London: Routledge.

subyacente de la transición que, en mi opinión, operaba de modo inconsciente en la analogía: así como las vestimentas mortuorias servían para atravesar el momento de umbral entre la vida y la muerte –en tanto quien las usaba estaba viviendo un momento límite–, quien era llevado ante una corte de justicia experimentaba las vicisitudes de otra línea intersticial, en este caso entre acusado y condenado, entre libre y culpable. En todo caso, la vestimenta acompañaba simbólicamente la modificación de status, ostentando en términos visuales la eventualidad de esa metamorfosis. La pérdida de la ropa habitual y su remplazo por una vestimenta transitoria exponía entonces, de forma eficaz, la temporalidad y el carácter momentáneo del “rol” jurídico que, en definitiva, solo se extendía durante el tiempo que durara el juicio y terminaría con la conclusión del litigio, mediante la condena o la absolución del imputado.

Otros testimonios complementarios a los que acabo de citar devienen también interesantes, en función del planteo de este trabajo, para dar cuenta de los valores que se encontraban detrás de la elección de ciertos atuendos. Los datos que nos proporcionan algunos textos permiten explorar los entretelones de esas decisiones referidas a la elección de determinados atavíos. Si retomamos por caso el discurso de Cicerón en contra de Verres y el episodio de los sicilianos, se advierte que, cuando se daba cuenta del exilio en Roma, ciertos perseguidos eran descritos en términos de sus vestimentas. En *Contra Verres* 2. 2. 62 se les solicitaba a los jueces prestar atención a estas imágenes de pobreza y pena:

hic nunc de miseria Siculorum, iudices, audite. et Heraclius ille Syracusanus et hic Bidinus Epicrates expulsi bonis omnibus Romam venerunt; sordidati, maxima barba et capillo, Romae biennium prope fuerunt.

Ahora, jueces, escuchen esto acerca de la miseria de los sicilianos. Este Heraclio de Siracusa y este Epícates de Bidis, despojados de todos sus bienes, vinieron a Roma. **Vestidos con ropas sucias de duelo, con barba sin cortar y cabellos desaliñados**, estuvieron en Roma casi dos años.

El uso del término *sordidatus* en el pasaje, que obviamente retoma en su etimología el vocablo *sordes*, es elocuente porque recupera los alcances del descuido personal y la desidia.⁴⁰ La misma expresión reaparecerá luego, en el

⁴⁰ Sobre el pasaje, véase Hall, J., *op. cit.*, p. 52.

mismo discurso, a la hora de describir las andanzas de Diodoro por las calles de la ciudad (*Contra Verres* 2. 4. 41):

Diodorus Romae sordidatus circum patronos atque hospites cursare, rem omnibus narrare.

En Roma Diodoro, **vestido con ropas sucias de duelo**, corría visitando patronos y huéspedes antiguos, narrando el asunto a todos.

A la hora de identificar el vocabulario correspondiente, Blonski (2008) plantea una diferencia entre el uso del adjetivo *sordidus* (que se refiere al uso de ropa pobre, sucia y desagradable) y las apariciones de *sordidatus*, que más bien parecen apuntar a la condición desprolija de quien usa socialmente las vestimentas andrajosas.⁴¹ Sin embargo, parece necesario sumar una vuelta a este análisis propuesto, referida al empleo particular del participio pasivo. En efecto, a diferencia por ejemplo de la expresión *in sordibus*, que solía ser empleada para mostrar que un individuo se vestía con ropas de indigente, en las apariciones registradas de *sordidatus* parece haber además un elemento adicional del orden de lo político. Me refiero al hecho de que la idea de la pasividad, inherente al verboide, resultaba apropiada para mostrar la lógica de agencia que subyacía en la descripción: detrás de *sordidatus*, se percibía una situación personal motivada por una acción externa. A diferencia de lo que implicaba escoger un atuendo de modo voluntario para generar un efecto en el auditorio, calificar a alguien de *sordidatus* sugiere que se trataba de un estado de cosas producido por fuerzas ajenas, por imposiciones externas. Ello refuerza, a mi entender, la voluntad retórica de ubicar al damnificado en un rol de víctima, describiéndolo como alguien impotente e indefenso frente al poder de un enemigo que lo sometió injustamente a una ofensa cuando se le quitó todo aquello que le pertenecía.

La idea de que el acusado se vistiera de modo especial para el acto de su defensa judicial reaparece en varias fuentes clásicas, en muchos casos en vinculación directa con una referencia al menoscabo de su propio status. Aulo Gelio, por ejemplo, señala en sus *Noches Áticas* (3. 4. 1) la anécdota según la cual Escipión el Africano, habiendo sido acusado, no se dejó llevar por la práctica habitual de mostrarse descuidado ante los jueces. De hecho, así como

⁴¹ Blonski, M. (2008), *op. cit.*

se siguió cortando la barba, no usó ropas oscuras como habría sido esperable en un reo judicial:

*In libris quos de vita P. Scipionis Africani compositos legimus, scriptum esse animadvertimus P. Scipioni, Pauli filio, postquam de Poenis triumphaverat censorque fuerat, diem dictum esse ad populum a Claudio Asello tribuno plebis, cui equum in censura ademerat, eumque, cum esset reus, neque **barbam desisse radi** neque **candida veste uti** neque **fuisse cultu solito reorum**.⁴²*

Leímos en los libros que fueron escritos sobre la vida de P. Escipión el Africano que P. Escipión, el hijo de Paulo, después de que celebró un triunfo por su victoria sobre los cartagineses y fue censor, se vio acusado ante el pueblo por Claudio Aselo, tribuno de la plebe, a quien había degradado de la clase ecuestre durante su censura; y que Escipión, aunque estaba acusado, nunca dejó de **afeitar su barba**, de **usar vestimenta clara** ni **estaba en la ropa habitual de los acusados**.

Un último ejemplo permite advertir cómo este código de vestuario se proyectó durante la República al plano de lo político, teniendo en cuenta que una alteración de la ropa podía constituir un modo visualmente connotado para dar cuenta de disconformidades en el ámbito de la toma de decisiones públicas. Cuando en el año 58 a. C. el tribuno Publio Clodio Pulcher promovió una decisión legislativa para exiliar a Cicerón mediante una cláusula retroactiva, el orador decidió comenzar a utilizar las *sordes* para manifestar su descontento. Esta *mutatio vestis* informal, acompañada del hecho de que también decidió no cortarse el cabello, daba cuenta claramente del tenor de la protesta.⁴³ A los efectos de no ser forzado a la expulsión cívica, se trataba de adoptar análogicamente la apariencia transitoria del ciudadano que atravesaba el umbral del duelo y, de forma simultánea, de aquel que se veía forzado a defenderse

⁴² El texto latino corresponde a Rolfe, John C. (1927) (ed.). *The Attic Nights of Aulus Gellius*. Cambridge (MA) y London: Harvard University Press y W. Heinemann.

⁴³ Conviene recordar que las *mutationes vestis* ocurrieron frecuentemente hacia el final de los tiempos republicanos. Así, Lintott, Andrew (1999) *Violence in Republican Rome*. Oxford: Oxford University Press, p. 20, identifica episodios en los años 58, 56, 53, 52, 50 y tal vez 49 a. C. A esta lista, por su parte, Dighton, A., *op. cit.*, p. 353, añade eventos acontecidos en los años 62 y 55 a. C.

de acusaciones infundadas. Así describe Plutarco el episodio (*Vida de Cicerón* 30. 4-31. 1):

κινδυνεύων οὖν καὶ διωκόμενος ἐσθῆτά μετήλλαξε καὶ κόμης ἀνάπλεως περιῶν ἰκέτευε τὸν δῆμον. πανταχοῦ δ' ὁ Κλωδίος ἀπήντα κατὰ τοὺς στενωπούς, ἀνθρώπους ἔχων ὑβριστὰς περὶ αὐτὸν καὶ θρασεῖς, οἱ πολλὰ μὲν χλευάζοντες ἀκολάστως εἰς τὴν μεταβολὴν καὶ τὸ σχῆμα τοῦ Κικέρωνος, πολλαχοῦ δὲ πηλῶ καὶ λίθοις βάλλοντες ἐνίσταντο ταῖς ἰκείαις. οὐ μὴν ἀλλὰ τῷ Κικέρωνι πρῶτον μὲν ὀλίγου δεῖν σύμπαν τὸ τῶν ἵππικῶν πλῆθος συμμετέβαλε τὴν ἐσθῆτα, καὶ δισμυρίων οὐκ ἐλάττους νέων παρηκολούθουν κομῶντες καὶ συνικετεύοντες. ἔπειτα τῆς βουλῆς συνελθούσης ὅπως ψηφίσαιτο τὸν δῆμον ὡς ἐπὶ πένθεσι μεταβαλεῖν τὰ ἱμάτια, καὶ τῶν ὑπάτων ἐναντιωθέντων, Κλωδίος δὲ σιδηροφορούμενος περὶ τὸ βουλευτήριον, ἐξέδραμον οὐκ ὀλίγοι τῶν βουλευτικῶν καταρρηγνύμενοι τοὺς χιτῶνας καὶ βοῶντες.⁴⁴

Y entonces, estando en peligro de ser llevado a juicio, **se cambió su vestimenta** y con **su cabello sin cortar** fue dando vueltas para suplicar al pueblo. Pero Clodio lo encontró en todos lados en la calle, con un grupo de hombres violentos y agresivos, quienes lanzaron muchos ataques por el **cambio y la apariencia** de Cicerón y le arrojaron barro y piedras, interrumpiendo sus súplicas. Sin embargo, en primer lugar, casi toda la multitud de la clase ecuestre **cambió su vestimenta** junto con Cicerón, y no menos de veinte mil jóvenes lo escoltaron con su **pelo sin cortar** y suplicaron junto a él. Y además, cuando el Senado se encontró para votar que el pueblo debía **cambiar su vestimenta en señal de duelo**, los cónsules se opusieron y Clodio se levantó en armas contra el senado, no pocos senadores salieron corriendo, **quitándose sus ropas** y gritando.

El cambio de imagen individual fue seguido en este caso por un movimiento de grupo, en tanto los miembros de la clase de los *equites* optaron por acompañar a Cicerón en su actitud de suplicante.⁴⁵ Es evidente que ya no estamos en el marco de los procesos judiciales, puesto que Cicerón no estaba acusado ante la justicia, sino que nos hallamos más bien ante una situación de persecución política en la que el lenguaje del cambio de atavíos resultaba igualmente apropiado

⁴⁴ La edición del texto latino corresponde a Perrin, Bernadotte (1919) (ed.). *Plutarch's Lives*. Cambridge (MA) y London: Harvard University Press y W. Heinemann.

⁴⁵ Dighton, A., *op. cit.*, p. 351.

para apoyar la reprobación cívica de la actuación de Clodio.⁴⁶ Esto se ve con nitidez en el carácter multitudinario de la transformación. Sin embargo, el paralelismo con la vestimenta propia de las víctimas que deben enfrentarse a una denuncia injusta no puede ignorarse, y la carga simbólica que funciona detrás de la imagen de las ropas de duelo debía de ser fácilmente reconocible por los ciudadanos romanos de la época. Cicerón se presentaba a sí mismo como un hombre desdichado que, junto con sus seguidores, estaba siendo sometido a tratamientos inmerecidos: no en vano se identificaba a sí mismo y a quienes lo acompañaban como *sordidati* en su pasaje del discurso *En defensa de Sestio* (27).

Al relatar los detalles de la misma historia, Dion Casio no identificó de modo explícito la condición haraposa de las *sordes*, centrándose en cambio en el fenómeno de transición de clase que implicaba la adopción de nuevas vestimentas (*Historia Romana* 38. 14. 7):

καὶ τὴν βουλευτικὴν ἐσθῆτα ἀπορρίψας ἐν τῇ ἱππᾷδι περιενόσσει, πάντας τε τοὺς τι δυναμένους, οὐχ ὅπως τῶν ἐπιτηδείων ἀλλὰ καὶ τῶν ἀντιστασιωτῶν, καὶ μάλιστα τὸν τε Πομπήιον καὶ τὸν Καίσαρα ἅτε μὴδὲ τὴν ἔχθραν αὐτοῦ προσποιούμενον, καὶ ἡμέρας καὶ νυκτὸς ὁμοίως περιῶν ἐθεράπευε.⁴⁷

Y habiendo **abandonado su vestimenta senatorial**, circulaba con **ropa ecuestre**, procurando a todos aquellos que tenían algún poder, dando vueltas de día y de noche por igual, no sólo entre sus amigos sino también entre sus oponentes, sobre todo Pompeyo y hasta César, quien había ocultado su enemistad a él.

Es evidente el alcance político de la medida y la valencia simbólica que en el testimonio de Dion adquiere el reemplazo de la ropa propia del Senado por aquella correspondiente a la clase ecuestre.⁴⁸ El ejemplo de Cicerón deja en

⁴⁶ Lintott, Andrew (2013). *Plutarch: Demosthenes and Cicero*. Oxford: Oxford University Press, p. 177.

⁴⁷ El texto griego procede de la edición de Cary, Earnest y Foster, Herbert (1914) (eds.). *Dio's Roman History*. London y New York: W. Heinemann.

⁴⁸ Cf. Freyburger-Galland, Marie-Laure (1993). "Le rôle politique des vêtements dans l'Histoire romaine de Dion Cassius." En *Latomus* 52, pp. 117–128. Allí se explican las razones que, en los testimonios de esta obra, subyacen en la adopción de harapos de duelo (pp. 125-128).

claro, pues, que el dejar de lado la toga típica de la magistratura –y proceder a adoptar vestidos impropios de la condición esperable– constituía un mecanismo performativo útil para dejar en claro una postura de rebeldía: se trataba de oponerse a una serie de amenazas a la *res publica* y a la integridad del régimen, intentando incitar a la hostilidad popular para generar espacios de resistencia ante los embates de los enemigos del sistema.⁴⁹ Vestirse de un modo que correspondía a las clases inferiores habilitaba la posibilidad de recurrir, a través de la súplica, a la protección de aquellos poderosos ubicados en los espacios de autoridad.⁵⁰

En todo caso, la historia muestra que la *mutatio vestis* llevada adelante por Cicerón y sus partidarios no tuvo éxito, ya que el orador debió abandonar Roma.⁵¹ En una de sus *Cartas a Ático* (3. 15. 5), Cicerón se referirá luego, precisamente, al fracaso de la estrategia, alegando que “estuvimos ciegos, digo, ciegos, estuvimos **cambiando las ropas**, suplicando al pueblo” (*caeci, caeci inquam fuimus in vestitu mutando, in populo rogando*).⁵² La expresión es significativa: por un lado, la identificación de la ceguera muestra la inhabilidad para advertir la eficacia de la *mutatio*; por el otro, juega de modo implícito con la naturaleza visual del dispositivo empleado. Si era preciso ver el cambio de ropas para que surtiera los efectos pretendidos, su fracaso necesariamente debía de traducirse en un acto donde la contemplación fuera impedida.

⁴⁹ Cf. Lintott, A. (1999), *op. cit.*, p. 20. Para un análisis de los testimonios ciceronianos sobre este episodio del 58 a. C., véase Kaster, Robert A. (2009). “Some Passionate Performances in Late Republican Rome”, en Balot, Ryan (ed.). *A Companion to Greek and Roman Political Thought*. Malden (MA): Wiley-Blackwell, pp. 308–320, en pp. 312–313.

⁵⁰ Me he ocupado de estudiar la lógica asimétrica de los vínculos establecidos en los pedidos de súplica durante la República en Buis, Emiliano J. (2019). “Políticas de la compasión, *performance* emotiva y gestos de la súplica judicial en la oratoria ciceroniana.” En Álvarez, Mirta Beatriz y Rinaldi, Norberto Darío (comp.). *Actas del V Congreso de Principios Generales de Derecho Romano 2018*, Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores, pp. 13-28.

⁵¹ Dighton, A., *op. cit.*, p. 356.

⁵² El texto latino corresponde a Purser, Louis Claude (1912) (ed.). *Cicero. Ad Atticum*. Vol. I. Cambridge (MA) y London: Harvard University Press y W. Heinemann.

IV. Reflexiones finales

Se ha notado a lo largo de estas páginas que, para comprender el funcionamiento del derecho y de la política en la Roma de época republicana, no es posible ignorar el alcance performativo de las manifestaciones físicas de los agentes involucrados en los diversos ámbitos públicos. Las posturas, las gestualidades y las colocaciones del cuerpo de los litigantes, por ejemplo, resultan entonces huellas de esas prácticas no verbales que sirven para complementar lo que conocemos de la retórica clásica a partir de las fuentes escritas.⁵³ Dentro de esos medios físicos de persuasión del auditorio, la vestimenta cumple un rol significativo, pues acarrea un bagaje emotivo concreto que depende de contextos específicos.⁵⁴

En una sociedad jerarquizada y signada por rituales colectivos como la romana, el empleo de ciertas togas particulares, cargadas de valor cívico, resultaba representativo de los roles sociales y sus interacciones. En tanto símbolo que dependía para su activación de la mirada y la percepción de los otros, para los historiadores del derecho la ropa termina revistiendo un rol importante a la hora de comprender las improntas culturales sobre las que reposa el orden jurídico romano.⁵⁵

Las fuentes clásicas permiten concluir que las vestimentas dicen mucho de

⁵³ Un ejemplo de los estudios sobre estas prácticas corporales es el análisis sobre el caminar que efectúa Corbeil, Anthony (2002). "Political Movement: Walking and Ideology in Republican Rome". En Fredrick, David (ed.). *The Roman Gaze: Vision, Power, and the Body*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, pp. 182–215. Queda demostrado en esta contribución que la manera de desplazarse apuntaba a un código de conducta en el que lo físico y lo moral estaban sólidamente entrelazados.

⁵⁴ Como bien señala Morstein-Marx, Robert (2004). *Mass Oratory and Political Power in the Late Roman Republic*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 270, "... a rhetorical *ethos* was expressed not only verbally but physically as well: delivery, bodily disposition, gesture, even dress."

⁵⁵ La importancia de generar estas emociones a través de los espectáculos cívicos que ocurrían en las instituciones de la ciudad ha sido bien examinada por Kaster, R. A. (2009), *op. cit.* Acerca de los modos de mostrarse en estos ámbitos, así como sus implicancias en términos de sentido, cf. Marshall, Anthony J. (1984). "Symbols and Showmanship in Roman Public Life", *Phoenix* 38, pp. 120–141.

los contextos cívicos en que se inscriben. En el caso concreto de la praxis tribunalicia durante las últimas décadas de la República, es posible considerar que, lejos de la *toga praetexta* y de la *toga pulla*, las *sordes* eran un atuendo adecuado para dar cuenta de la imagen del acusado judicial, en tanto podía transmitir aquellas emociones referidas a la condición de quien se veía arrastrado a un juicio contra su voluntad. La metáfora ínsita en el empleo de estos harapos sucios se justificaba por el estado delicado en el que estaba implicado el defendido. Mediante el luto se entablaba la idea de inestabilidad y transición, tanto entre la vida y la muerte como —cuando se trataba de un denunciado— entre la libertad y la condena.

La sustitución de la ropa habitual por una vestimenta transitoria exponía no sólo el “rol” jurídico del litigante (que, como un actor, desempeñaba su papel disfrazado), sino que comunicaba ante los ojos del jurado la búsqueda de compasión a través de la sensación de suciedad, pobreza inmerecida y humildad. Si a ello se le añade la idea de que ese abandono de la pulcritud se atribuía a la virulencia de un adversario que había conseguido despojar al acusado de todo lo que le pertenecía (como se ve en el uso del participio *sordidatus*), se entienden aun más las ventajas del manejo performativo de la indumentaria. Tener en cuenta la manipulación del lenguaje de la ropa, en definitiva, supone recuperar un complemento visual de los alegatos orales ante los jueces.

Con todo ello, finalmente, es posible concluir que una arqueología de las prácticas de la vestimenta revela cuán insuficiente resulta limitar nuestro estudio jurídico a los documentos escritos tradicionales. Solo a partir de una ampliación de las fuentes históricas, abrevando por ejemplo en los aportes de la cultura material, es posible avanzar hacia una reconstrucción más fiel de las mentalidades y las percepciones en juego sobre la realidad forense de la Roma pre-imperial.

La igualdad ante la ley como principio general del derecho

Por Juan Carlos Ghirardi⁵⁶

I. Presentación del tema

El artículo 16 de la Constitución Nacional consagra expresamente el principio de igualdad ante la ley. Vale la pena transcribirlo: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento, no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

El mismo principio, con una redacción similar, fue introducido por la decimocuarta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América: “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos;

⁵⁶ Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Romano de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Categoría I.

tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos”.

Por su parte, el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, que fuera incorporado a la Constitución Francesa de 1958, establece lo siguiente: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común”.

En fin, vayamos al artículo 14 de la Constitución Española: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social”.

La enumeración precedente, pese a su brevedad, es suficientemente ilustrativa. De una manera u otra la legislación de virtualmente la totalidad de los países de Europa y América consagran a la igualdad ante la ley como uno de los derechos y garantías fundamentales que reconocen a sus habitantes. Parecería claro entonces que ella constituye hoy uno de los principios generales del derecho, lo que ha hecho que me plantee dos preguntas, que delimitarán el marco teórico dentro del cual desarrollaré el presente trabajo:

1. ¿Qué debe entenderse concretamente por “igualdad ante la ley”?
 2. ¿Fue ella siempre considerada como un principio general del derecho?
- A intentar responderlas dedico el presente trabajo.

II. El sentido de la voz igualdad

El vocablo puede tener diversas acepciones si se lo utiliza en relación al hombre,⁵⁷ ya fuere si lo empleamos para aludir a las condiciones naturales de cada uno en particular que siempre serán diferentes, o si lo usamos para referirnos a sus derechos como integrante de una sociedad, sentido este que es el que aquí me interesa.

Desde este último punto de vista es que hoy se considera que, aunque como

⁵⁷ Tayney, Richard Henry (1945). *La igualdad*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

seres individuales los integrantes de la humanidad puedan diferir mucho en cuanto a sus capacidades, aptitudes o dotes personales, la ley debe procurar que como miembros de un grupo social determinado tengan los mismos derechos y obligaciones. A esto aludimos cuando nos referimos a igualdad ante la ley.

El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*⁵⁸ define la igualdad ante la ley como “el principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos”.

En el ámbito del derecho anglosajón, el principio aparece formulado como *legal protection*, que el *Diccionario Cambridge*⁵⁹ define de la siguiente manera: “*A principle included in the 14th amendment of the U.S. Constitution, that says all people must be treated equally by the law*”.

Por su parte, en la *Enciclopedia Británica*⁶⁰ leemos que en los EEUU existe una garantía constitucional estableciendo que a ninguna persona o grupo de personas le puede ser negado el derecho conforme al cual, quienes estén situados en forma similar deben ser tratados similarmente, debiendo las reglas legales ser aplicadas igualitariamente en todos los casos. Se extiende a continuación sobre la decimocuarta enmienda constitucional de los EEUU, exponiendo que pese a su antigüedad, ya que fue propuesta el 13 de junio de 1866 y ratificada el 9 de julio de 1868, hasta la década de 1960 la Corte Suprema la aplicaba fundamentalmente para garantizar la libertad de quienes habían sido esclavos, protegiendo a quienes devinieron ciudadanos libres frente a quienes habían sido antes sus opresores, y por ello inicialmente su aplicación fundamental se daba en cuestiones de discriminación racial.

Esta interpretación fue drásticamente modificada y ampliada a partir de los años sesenta bajo la presidencia de Earl Warren, cuando se extendió la garantía de *equal protection* a multitud de otros supuestos, tales como la extensión a la totalidad de la población del derecho a gozar de los beneficios del llamado estado de bienestar (*welfare benefits*), de los servicios municipales, de la delimitación de zonas de exclusión y del financiamiento de la educación. Más tarde, y

⁵⁸ Real Academia Española (1970). *Diccionario de la Lengua Española*. 19ª edición. Madrid: Real Academia Española.

⁵⁹ Recuperado de <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/equal-protection>.

⁶⁰ Encyclopedia Britannica, Inc. (1995). *The New Encyclopedia Britannica*. 15ª edición. Chicago: Encyclopedia Britannica.

ya bajo la presidencia de Warren E. Burger, la enmienda tuvo otra importante ampliación en su ámbito de operatividad, que pasó a incluir cuestiones tales como la prevención de discriminación por motivos de orden sexual, situación jurídica y derechos de los extranjeros, o legitimidad de nacimiento, temas todos que tutela en la actualidad.

Para concluir, digamos que ya los antiguos griegos habían acuñado el término *isonomía* para referirse al concepto de igualdad de derechos civiles y políticos entre los ciudadanos, el cual constituía la consigna política que expresaba de la forma más sucinta posible el carácter propio de la democracia, y que como tal resultaba opuesto al ejercicio ilimitado del poder por parte de un tirano. Constituyó el vocablo utilizado para designar un régimen democrático antes de que el concepto de democracia se generalizara, al punto que Heródoto⁶¹ utilizaba ambos conceptos como si fueran intercambiables.

III. Concepto de igualdad ante la ley

Podríamos definirla como el principio conforme al cual todas las personas deben ser tratadas de la misma manera por la ley, la que debe garantizar que ningún individuo o conjunto de individuos sea privilegiado o estigmatizado por motivos de raza, sexo, orientación sexual, nacionalidad, religión o cualesquiera otro.

El derecho a la igualdad pone a todos en el mismo nivel, y de este modo asegura al mundo entero que desde el poder no se discriminará entre ellas. Da la seguridad de que todos recibirán el mismo tratamiento, en la medida que se encuentren en circunstancias similares, y esto amerita puntualizar que quienes no lo estén han de ser tratados de manera diferente, precisamente para garantizar la realización de este principio de igualdad.

De allí que quien es materialmente más débil tiene que recibir una mayor protección para equipararlo con el que sea más fuerte, lo que explica las penas más graves que pueden y deben corresponder con fines disuasivos al hombre que abusa de una mujer o de un niño, por ejemplo. Esta vendría a ser la explicación del porqué de la existencia de las figuras del femicidio e infanticidio

⁶¹ Heródoto (1977). *Historia*. Madrid. Editorial Gredos.

como agravantes del homicidio común, o de la preeminencia que en caso de un conflicto jurídico tiene la palabra del empleado frente a la del empleador.

Para resumir, y aunque parezca un juego de palabras, la igualdad solo puede conseguirse tratando a los que, por cualquier motivo, se encuentren en una posición dominante de modo diferente de quienes no lo están, privilegiando a estos últimos, porque solamente de esta manera se logrará que los platillos de la balanza que sostiene la diosa Justicia se equilibren, lo que producirá como consecuencia que el fiel de aquella se enderece, se ponga *derectum*. Incidentalmente este es el origen de la palabra derecho.⁶²

IV. El principio de igualdad en la sociedad antigua

Podríamos afirmar que el principio de igualdad de los hombres ante la ley no existió como tal en la Antigüedad, de hecho no podría existir en sociedades que reconocían la esclavitud, la cual era una institución que los romanos consideraban como propia del derecho de gentes, es decir, común a todos los pueblos.⁶³ No obstante ello existieron algunas normas que, de alguna manera y así fuere de forma parcializada, procuraron introducir disposiciones igualadoras. Veamos algunos ejemplos sin pretender ser exhaustivos.

La monarquía egipcia distó mucho de ser un régimen igualitario; no obstante lo cual, si bien efímeramente, durante el reinado de Akenatón durante la XVIII dinastía se implantó el culto al dios único Aton,⁶⁴ lo que conllevó a la adopción de un régimen monoteísta que era igualitario en materia religiosa. Sin embargo, su sucesor, el faraón niño Tutankamón, lo abandonó regresando a las antiguas prácticas.

Los caldeos en la Mesopotamia se unificaron en un solo reino con capital en Babilonia durante el reinado de Hammurabi, allá por el año 2000 a. C. Este

⁶² Vázquez, Humberto (1990). *Derecho. Origen y significado de este vocablo*. Córdoba: Editorial Intellectus.

⁶³ Florentino, en D. 1. 5. 4. 1, definía a la esclavitud como “una institución del derecho de gentes que, contra lo que la naturaleza dicta, pone a un hombre bajo el dominio de otro”

⁶⁴ Sánchez Viamonte, Carlos (1958). *Las Instituciones Políticas en la Historia Universal*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

monarca dictó un cuerpo legal que lleva su nombre por el cual se dividía a la sociedad en tres clases: los hombres libres, los semi libres y los esclavos, cuyos integrantes al menos teóricamente eran iguales entre sí.

Allá por el siglo XIII a. C. apareció en lo que hoy es la India un cuerpo normativo conocido como Manara Dharma o, utilizando una denominación más popular, las Leyes de Manu. Las mismas, si bien dividían a la sociedad en cuatro castas, que eran las de los sacerdotes (brahmanes), guerreros, comerciantes y artesanos, establecían un principio igualitario en relación a los impuestos porque disponían reducirlos para los integrantes de la última de estas clases sociales, y los regulaban en función de la riqueza para los de la tercera, la de los comerciantes, a fin que los gravámenes pesaran lo mismo sobre cada uno de ellos.⁶⁵

Por su parte es de sobra conocido que la civilización griega estuvo conformada por numerosas ciudades-estado, cada una de ellas con su particular régimen político. Pasemos revista a algunas⁶⁶ en relación al tema que nos interesa.

En Esparta se atribuye a Licurgo, alrededor del siglo VIII a. C., el dictado de una ley, transmitida luego verbalmente de generación en generación, que daría forma a lo que podríamos llamar la constitución espartana. A través de la misma se instituyó la *ennomía*, para aludir a la igualdad de todos ante la ley con el propósito de eliminar privilegios y el descontento que los mismos generaban entre la población, que tenía como presupuesto una rígida disciplina militar, la cual alcanzaba a la totalidad de la población, monarcas, aristócratas y el pueblo en general.

A partir de entonces la organización política espartana fue encabezada por dos reyes, asesorados por la denominada gerusía, que era un consejo de ancianos integrado por varones aristócratas mayores de 60 años. Pero al lado de los monarcas, a quienes reemplazaban en caso que estos debieran ausentarse en virtud de alguna campaña militar, se hallaban los éforos, que según Platón eran tiranos en cuyas manos se encontraba realmente el poder,⁶⁷ y regían la ciudad como verdaderos déspotas, mientras los reyes se veían reducidos al

⁶⁵ Castagno, Antonio (1961). "Igualdad". En *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

⁶⁶ Beloch, Karl (1958). "Historia de Grecia." En *Historia Universal*, dirigida por Walter Goetz. Madrid: Editorial Espasa Calpe.

⁶⁷ Platón (1966). *Obras Completas*. Madrid: Editorial Aguilar.

papel de meros generales susceptibles de ser juzgados y condenados si a juicio de estos magistrados no se comportaban correctamente en la guerra.

Gradualmente sus facultades fueron aumentando, hasta llegar a acumular las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales. Así pasaron a presidir las reuniones de los gerontes, tomaron a su cargo la sustanciación de los juicios civiles —que resolvían según su propio criterio ya que no había leyes escritas—, controlaron la recaudación de impuestos y el calendario —designando a cada año con el nombre de uno de ellos—, dirigían la política exterior, el entrenamiento militar de los jóvenes, y decretaban las levadas de soldados si lo estimaban necesario. No obstante toda esta suma de funciones, su poder tenía un fundamento democrático, porque no lo ostentaban por derecho divino ni de manera hereditaria, sino que eran elegidos por la asamblea popular.

Por su parte, en Atenas, las leyes de Solón dictadas allá por el año 594 a. C. produjeron también, al igual que sucediera en Esparta con las de Licurgo, un cambio radical en las instituciones políticas que llevó a configurar la que ha sido denominada “constitución de los atenienses”, una constitución que si bien no estaba redactada como tal no por ello era menos real.⁶⁸ En cuanto a las leyes de Solón en sí, las mismas fueron expuestas en el Pórtico de Basileus, si bien su texto se perdió y no ha llegado hasta nosotros.

Sucedía por entonces que la actividad del Consejo del Areópago, cuya misión era conservar las leyes y vigilar su cumplimiento por parte de los magistrados, había generado, por lo demasiado estricto de la forma en que interpretaba las normas, un alzamiento social por parte de los pequeños campesinos, que se veían absolutamente agobiados por los abusos de las clases más privilegiadas. Las deudas injustas y exorbitantes, las restricciones para la posesión de la tierra y la crisis política y social consiguiente condujeron al encumbramiento de Solón como mediador en el conflicto.

Este comenzó por ordenar la cancelación de todas las deudas garantizadas con hipoteca y prohibió contraer otras nuevas en las que la garantía fuese la propia persona del deudor, disponiendo la libertad de quienes habían caído en esclavitud por tal motivo. Se ocupó de regular lo atinente a las pesas, las medidas y la moneda, estableciendo una unificación de las múltiples unidades de

⁶⁸ Ghirardi, Olsen A. (1997). “La Constitución de los Atenienses”. En *Cuadernos de Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Volumen 7. Córdoba: Editorial Advocatus.

cálculo y mensura vigentes. Los derechos públicos fueron graduados según la fortuna de los ciudadanos, y la elegibilidad para los cargos públicos se reservó para los que tuviesen importantes cantidades de tierra de labranza. Con todas estas medidas, la constitución ateniense, si bien indudablemente plutócrata, hizo disminuir la hasta entonces omnipotente posición de los aristócratas (eupátridas) y dotó a las clases sociales más pobres de una defensa legal de la que hasta entonces carecían. En ese sentido fue igualadora.

Pericles, bajo cuyo gobierno Atenas alcanzó su mayor esplendor, hizo también un importante aporte en pos de la idea de igualdad entre los hombres. Tanto, que en su oración funeraria que data del año 431 a. C. se incluye un pasaje alabándola y que vale la pena transcribir:

Tenemos un régimen político que no emula las leyes de las otras ciudades vecinas y comarcanas. Somos modelo para otros, y no imitadores. Su nombre, debido a que el gobierno no pertenece ni está en la minoría sino en la mayoría, es democracia. Si ahora nos fijamos en las leyes, veremos que proporcionan justicia por igual a todos en sus diferencias privadas; en cuanto a la posición social, el progreso en la vida pública deriva de la reputación de una buena capacidad, sin que permitamos que ninguna consideración de clase interfiera en el mérito. Tampoco la pobreza constituye un obstáculo en el camino.

Es el historiador Heródoto⁶⁹ quien utiliza como intercambiables los términos *isonomía* y democracia como ya se ha expuesto, afirmando que esta requiere magistrados elegidos por sorteo, que deben rendir cuenta de sus acciones al terminar sus mandatos ante el pueblo, y una asamblea popular de ciudadanos que dirijan la marcha de la ciudad a través de decisiones tomadas en asamblea pública.

En fin, Aristóteles vincula también la democracia con el principio de igualdad, diciendo que este es el que caracteriza la primera especie de aquella, y que la igualdad consagrada por la ley significa que los pobres no tendrán derechos más extensos que los ricos, y que ni unos ni otros serán exclusivamente soberanos, ya que igualdad y libertad son las dos bases fundamentales de toda democracia.⁷⁰

⁶⁹ *Op. Cit.*

⁷⁰ Aristóteles (1964). *Obras*. Madrid: Editorial Aguilar.

Ahora bien, aunque con lo que llevo expuesto es posible afirmar que tanto espartanos como atenienses tomaron concretas medidas legislativas para establecer una relativa igualdad, hay que dejar muy en claro dos cosas.

En primer lugar, estas disposiciones no se aplicaban a todos los habitantes. En Esparta solo eran ciudadanos quienes estuvieran en condiciones de contribuir con productos de su propiedad a las comidas colectivas que diariamente los reunían, y por su parte en Atenas quedaban excluidos de la ciudadanía quienes no fueran hijos de padre y madre atenienses. Por cierto carecían también de ella los inmigrantes, llamados metecos en Atenas y periecos en Esparta.

En segundo lugar, la mujer griega siempre estuvo colocada en una posición inferior a la del hombre, tanto en lo social ámbito en el cual se las recluía en el gineceo de la casa. Se las obligaba a vestir de modo muy sobrio, con tonos usualmente oscuros, y ni siquiera se les permitía participar de las comidas que el marido celebraba con sus amigos; en cuanto en lo político carecían de todo tipo de derechos públicos.

V. El principio de igualdad en Roma

Es interesante señalar que, en sus primeros tiempos, la *urbs* romana había celebrado con los demás pueblos latinos un pacto denominado *Foedus Cassianum*, allá por el año 493 a. C., conforme al cual todas esas naciones debían ser consideradas como jurídicamente iguales. Esta liga latina, integrada en un principio por ocho ciudades, llegó a contar con unas treinta en su época de mayor esplendor. Sin embargo se disolvió y los romanos terminaron por adoptar un principio absolutamente opuesto al que sustentaba la idea igualadora.

Sucedió que, cuando los galos invadieron y saquearon Roma, allá por el 391 a. C., ninguna de las naciones que integraban la liga latina acudió en su defensa, pese al compromiso de ayuda mutua que las vinculaba a todas. Este episodio marcó el principio del fin de esta confederación y, a raíz del mismo, desde entonces jamás los romanos volvieron a celebrar tratados igualitarios con otros pueblos, prefiriendo en cambio los pactos individuales que colocaran a cada una de las diversas naciones con las que mantenían relaciones en situación distinta a la de las demás, aplicando la regla *divide et impera*, que consagraba precisamente como principio a la desigualdad.

En otro orden de cosas, para la sociedad romana no todos los seres humanos vivos eran iguales. Citemos algunos ejemplos solamente con carácter ilustrativo:

- Los esclavos carecían por completo de capacidad de derecho, al punto que ni siquiera eran personas en sentido jurídico tanto para el derecho civil cuanto para el de gentes, no así para el derecho natural. Florentino define la esclavitud como “una institución del derecho de gentes que, contra de lo que la naturaleza dicta, pone a un hombre bajo el dominio de otro”.⁷¹
- Tampoco eran iguales entre sí los hombres libres. Se reconocía más derechos a los ciudadanos que a los extranjeros, me remito al respecto a lo que más arriba expuse.
- Pero ni siquiera reinaba la igualdad entre los ciudadanos, que siempre estuvieron divididos en clases sociales, una de las cuales era superior y tenía más derechos que la otra. Recordemos los conflictos entre patricios y plebeyos, optimates y populares, *honestiores* y *humiliores*.

Recordemos, para formarnos una idea cabal de la cuestión, la crisis del año 494 a. C. con la secesión de la plebe en el monte Sacro, cerca del río Anio, que se generó a partir de un problema jurídico-político esencial. Si bien con las reformas de Servio Tulio el conglomerado de la plebe había devenido constitutivo del “*populus*”, no solo ostentaba una ciudadanía devaluada sino que además las condiciones de pobreza en que vivía la mayoría de los plebeyos les impedía disfrutar de aquello que era de todos, con lo cual lo público y, en consecuencia, la idea de “la cosa pública”, la “*res publica*”, perdía sentido en sí misma.

Durante toda la historia de Roma, los pobres que pertenecían a las clases sociales inferiores, entre los cuales se contaba la mayoría de los deudores “incobrables” que no podían pagar sus deudas y carecían de privilegios que les permitiesen eludir ese pago, se encontraron en situación de inferioridad y sumisión frente a los integrantes de las clases altas y los usureros que revistaban en ellas. Todo esto entraba en conflicto evidente con el principio de igualdad, con la *isonomía* para utilizar el término griego.

⁷¹ Florentino en D. 1. 5. 4. 1.

- Aun entre los integrantes de la misma clase social había diferencias que no se sustentaban en cuestiones meramente de hecho, sino que tenían base y fundamento jurídico: el *pater* era el jefe absoluto de la familia, cuyos integrantes estaban sometidos a su potestad marital, la *manus*, o paterna, la *patria potestas*. En general también las mujeres se encontraban en un plano inferior al de los hombres, y excluidas de la vida política.⁷²

Sin embargo parecería que las desigualdades existentes en vida se borraban con la muerte, así el lugar donde reposaba el cadáver de un esclavo era *res religiosae* exactamente igual a lo que sucedía con el sepulcro de un hombre libre. Esto puede inferirse también de algunas máximas que cita Guillermo Cabanellas,⁷³ sin mencionar el autor, posiblemente porque son anónimas: “*Omnia mors aequat*” (la muerte todo lo iguala); “*Dei mortui nihil nisi boni*” (de los muertos nada, si no es bueno).

VI. El aporte del cristianismo a la igualdad

Si vamos a la Biblia⁷⁴ es fácil advertir que según el Antiguo Testamento, si bien Dios creó al primer hombre y la primera mujer, no puso a toda su descendencia, dicho de otro modo, al conjunto entero de seres humanos que a partir de entonces poblaron el mundo, en pie de igualdad ya que tenía un pueblo “elegido”, el judío. Acudamos entonces al Nuevo Testamento.

El advenimiento de Jesús fue un verdadero hito en la historia de la Humanidad, y no solamente en el sentido religioso. Una de las enseñanzas que predicaba era precisamente la de la igualdad entre todos los seres humanos, los ricos y los pobres, los poderosos y los desvalidos, los varones y las mujeres...

⁷² Ghirardi, Juan Carlos (2008). *Los Diálogos en el Palatino. Hombres y Mujeres*. Córdoba: Editorial de la Universidad Católica de Córdoba.

⁷³ Cabanellas, Guillermo (1974). *Repertorio jurídico de locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

⁷⁴ Utilizo el texto de la XXV edición de Ediciones Paulinas Verbo Divino para Latinoamérica.

El hecho de que estas últimas hayan sido luego relegadas a una situación de inferioridad en la práctica del culto por sus discípulos varones, no se debe precisamente a las enseñanzas del Maestro.

Por este motivo no resulta extraño que la doctrina religiosa naciente haya ido tiñendo gradualmente con sus principios al mismo derecho romano, que se cristianizaría totalmente en tiempos de Justiniano.⁷⁵ A esto contribuyó muy especialmente su prédica igualitaria, que la hacía especialmente atractiva para las clases sociales más relegadas, las que vieron en ella la esperanza de una igualdad en otra vida que les era imposible encontrar en esta.

En nada obsta a lo precedentemente expuesto el hecho de que existan, también a partir de esta época, innovaciones en materia jurídica y legislativa inspiradas por el cristianismo, que consagran desigualdades que no existían en los tiempos del derecho pagano. Por ejemplo, la que se creó entre los hijos legítimos y los ilegítimos. Las mismas pueden explicarse, si bien no justificarse ya que hacían recaer sobre las cabezas de los descendientes los pecados de sus progenitores, por la necesidad del nuevo credo de afianzarse y expandirse cosa que solo era posible en el ámbito de familias monogámicas que profesaran la fe y en ella educaran a su prole.

Si se tienen dudas, basta con repasar algunos pasajes de La Biblia:⁷⁶

El rico y el pobre tienen un lazo común: el que hizo a ambos es el Señor.⁷⁷

Es decir, la justicia de Dios por medio de la fe en Jesucristo, para todos los que creen; porque no hay distinción; por cuanto todos pecaron y no alcanzan la gloria de Dios, siendo justificados gratuitamente por su gracia por medio de la redención que es en Cristo Jesús.⁷⁸

Porque en Dios no hay acepción de personas.⁷⁹

⁷⁵ Ghirardi, Juan Carlos (2005). *Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial La Ley.

⁷⁶ Utilizo el mismo texto de la XXV edición de Ediciones Paulinas Verbo Divino para Latinoamérica empleado para referirme al Antiguo Testamento.

⁷⁷ *Proverbios*. 22:2.

⁷⁸ *Romanos*. 3:22-24.

⁷⁹ *Romanos*. 2:11.

Y vosotros amos, haced lo mismo con ellos, y dejad las amenazas, sabiendo que el Señor de ellos y de vosotros está en los cielos, y que para El no hay acepción de personas.⁸⁰

Entonces Pedro, abriendo la boca, dijo: Ciertamente ahora entiendo que Dios no hace acepción de personas.⁸¹

No hay judío ni griego; no hay esclavo ni libre; no hay hombre ni mujer; porque todos sois uno en Cristo Jesús.⁸²

Porque si en vuestra congregación entra un hombre con anillo de oro y vestido de ropa lujosa, y también entra un pobre con ropa sucia, y dais atención especial al que lleva la ropa lujosa, y decís: Tú siéntate aquí, en un buen lugar; y al pobre decís: Tú estate allí de pie, o siéntate junto a mi estrado; ¿no habéis hecho distinciones entre vosotros mismos, y habéis venido a ser jueces con malos pensamientos?⁸³

No harás injusticia en el juicio; no favorecerás al pobre ni complacerás al rico, sino que con justicia juzgarás a tu prójimo.⁸⁴

Pero si mostráis favoritismo, cometéis pecado y sois hallados culpables por la ley como transgresores.⁸⁵

Te encargo solemnemente en la presencia de Dios y de Cristo Jesús y de sus ángeles escogidos, que conserves estos principios sin prejuicios, no haciendo nada con parcialidad.⁸⁶

Hermanos míos, no tengáis vuestra fe en nuestro glorioso Señor Jesucristo con una actitud de favoritismo.⁸⁷

⁸⁰ *Efesios*. 6:9.

⁸¹ *Hechos de los Apóstoles*. 10:34.

⁸² *Gálatas*. 3:28.

⁸³ *Santiago*. 2:2-4.

⁸⁴ *Levítico*. 19:15.

⁸⁵ *Santiago*. 2:9.

⁸⁶ *Timoteo*. 5:21.

⁸⁷ *Santiago*. 2:1.

Todo lo mío es tuyo, y lo tuyo, mío; y he sido glorificado en ellos.⁸⁸

En verdad, en verdad os digo: un siervo no es mayor que su señor, ni un enviado es mayor que el que lo envió.⁸⁹

Creó, pues, Dios al hombre a imagen suya, a imagen de Dios lo creó; varón y hembra los creó.⁹⁰

El cual quiere que todos los hombres sean salvos y vengan al pleno conocimiento de la verdad.⁹¹

Y les dijo: Vosotros sabéis cuán ilícito es para un judío asociarse con un extranjero o visitarlo, pero Dios me ha mostrado que a ningún hombre debo llamar impuro o inmundo.⁹²

VII. El principio de igualdad ante la ley desde la Edad Media hasta el siglo XX

Caído el Imperio Romano de Occidente con la invasión y el incendio de Roma en el año 476 d. C. comienza la Edad Media, durante la cual continúa siendo imposible pensar en una hipotética consagración legislativa del principio de igualdad. Muy por el contrario, la normativa vigente entonces induce a pensar que lo considerado normal era una realidad absolutamente opuesta, donde las desigualdades se presuponían y aceptaban como cosa natural e indiscutible.

Las mujeres eran inferiores a los hombres, tanto es así que en el tercer Concilio de Nicea, en el año 585 d. C., llegó a discutirse si tenían o no alma, lo que de hecho implicaba controvertir su calidad de seres humanos. Por su parte,

⁸⁸ *Juan*. 17:10.

⁸⁹ *Juan*. 13:16.

⁹⁰ *Génesis*. 1:27.

⁹¹ *Timoteo*. 2:4.

⁹² *Hechos de los Apóstoles*. 10:28.

entre los hombres unos eran superiores a otros conforme su nacimiento y clase social. Los campesinos labraban el campo de sol a sol, los burgueses también debían trabajar para vivir ejerciendo diversas actividades, mientras la nobleza empleaba su tiempo librando guerras, compitiendo en torneos, cazando, o simplemente vegetando en sus castillos.

Hubo también profundas diferencias que implicaban discriminación, con el consecuente quebrantamiento del principio de igualdad, en otros ámbitos. Por ejemplo, las debidas a la religión o la raza, que llegaron a generar conflictos bélicos frecuentes y cruentos. Las Leyes de Partidas⁹³ y sus disposiciones contra moros y judíos, o bien las Cruzadas, la guerra de los 80 años en los Países Bajos, las guerras civiles de religión en Francia e Inglaterra, o la de los 30 años en el Sacro Imperio Romano Germánico, son ejemplos suficientemente ilustrativos.

En fin, los regímenes de monarquía absoluta de por sí implicaban profundas desigualdades entre los habitantes de una misma nación, no era lo mismo ser rey que lacayo, por ejemplo, y sobre esto no hacen falta mayores argumentaciones. La Iglesia Cristiana, por su parte, lejos de combatir estas diferencias sociales las consintió medrando con ellas. Así fue que, por ejemplo, en la Francia pre-revolucionaria de fines del siglo XVIII, la alta clerecía integraba junto a la aristocracia el sector privilegiado de la sociedad. Este orden de cosas tan dispar llevó indefectiblemente a revoluciones sangrientas como la francesa y la bolchevique, sobre las cuales he tenido ocasión de extenderme en otra obra.⁹⁴

La aparición de monarquías parlamentarias, en las cuales el monarca no lo es por derecho divino sino por delegación del poder por parte de los ciudadanos, no hace desaparecer la desigualdad intrínseca a este tipo de sistema de gobierno, porque siguen existiendo tanto el rey como los súbditos. Sin importar las diferencias entre los distintos sistemas monárquicos, el principio de igualdad no existe si la ley de un país establece que algunos cargos públicos, y el ejercicio del poder político que ellos conllevan, solo puede ser ocupados por algunos ciudadanos y no por otros, simplemente a causa de los antepasados de quienes descienden.

⁹³ “Ley de las Siete Partidas”. En *Los Códigos Españoles*. Antonio de San Martín Editor: Madrid. 1872.

⁹⁴ Ghirardi, Juan Carlos (2018). *La consideración social del trabajo y del trabajador*. Córdoba: Editorial Eudecor.

Ahora bien, gradualmente y ya desde finales del siglo XVI y principios del XVII, comenzó a hablarse nuevamente de la “*isonomía*”, el ya mencionado término utilizado por los antiguos griegos para referirse a algún tipo de gobierno que implicase una base democrática e igualitaria entre los ciudadanos. Concretamente reaparece en Inglaterra, donde se le dio la acepción de “igualdad de las leyes para todas las personas” que implicaba también la responsabilidad de los magistrados por sus actos, si bien con el andar del tiempo esta expresión fue sintetizada, condensándose como “*legal protection*” o, en los países de Europa Continental, “*igualdad ante la ley*”, que es la vigente actualmente para designar lo que pretende ser un principio general del derecho.

De modo paralelo comenzó a difundirse en tierras europeas el movimiento llamado de la Ilustración, fruto del cual sería *La Enciclopedia o Diccionario Razonado de las Ciencias, las Artes y los Oficios*, emprendimiento filosófico y científico que cuenta con diecisiete volúmenes, llevado a cabo por Denis Diderot y Jean Le Rond D’Alembert y publicado en Francia entre los años 1751 y 1766. A partir de allí la propagación de ideas ilustradas y liberales, entre cuyos postulados estaba el principio de igualdad entre los hombres, sería imparable. No en vano el lema de la Revolución Francesa de 1789 fue “Libertad, igualdad y fraternidad”.

Desde fines del siglo XVII, y fundamentalmente durante el siglo XVIII, floreció en los Países Bajos la Escuela del Derecho Natural,⁹⁵ cuya preocupación era fundamentalmente formular un derecho basado en la naturaleza misma del hombre y que, por esa precisa razón, fuese común a todos los pueblos y tuviera validez universal. Uno de los principios universales cuya existencia propugnaron sus cultores era precisamente el de la igualdad.

Así, por ejemplo, John Locke (1632-1704), al analizar el estado natural en que originariamente se encuentra el hombre,⁹⁶ entiende que el mismo es también un estado de igualdad

dentro del que todo poder y toda jurisdicción son recíprocas, en el que nadie es más que otro, puesto que no hay cosa más evidente que el que seres de la misma especie

⁹⁵ Ghirardi, Juan Carlos y Alba Crespo, Juan José (1999). *Manual de Derecho Romano*. Córdoba: Editorial Eudecor.

⁹⁶ Ghirardi, Olsen A. (2007). *El pensamiento filosófico y político de John Locke*. Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

y de idéntico rango, nacidos para participar sin distinción de todas las ventajas de la Naturaleza y para servirse de las mismas facultades, sean también iguales entre ellos, sin subordinación ni sometimiento, a menos que el Señor y Dueño de todos ellos haya colocado, por medio de una clara manifestación de Su voluntad, a uno de ellos por encima de los demás, y que le haya conferido, mediante un nombramiento evidente y claro, el derecho indiscutible al poder y a la soberanía.⁹⁷

Rousseau⁹⁸ (1712-1778) también estudió al “hombre natural” y afirmaba que, si bien es aceptado que cada individuo posee características propias y diferenciadas, como por ejemplo el sexo, la constitución física, las cualidades intelectuales o psíquicas, y entonces resultaría imposible imponer un principio igualitario en la naturaleza humana, si consideráramos al ser humano como integrante de una sociedad organizada resultaría posible, aunque fuera difícil, implantar en esta última algún tipo de igualdad política o social.

Ya encarando el tema desde la óptica del derecho social, es decir, del punto de vista de las doctrinas que partieron de la sociedad para estudiar al hombre, y por ello se opusieron a las concepciones individualistas porque consideraban que los seres humanos eran naturalmente sociales, y por ende estaban sometidos a las reglas que la sociedad les imponía, también surge una manifestación del principio de igualdad. Porque, según afirma Duguit⁹⁹ (1859-1928), en ese caso están obligados a respetar a los demás hombres y sus derechos.

Con lo cual llegamos a los siglos XIX y XX. Aparecen entonces los Estados organizados en base a una Constitución, que en Occidente suele consagrar el principio de la igualdad ante la ley considerado como una de las garantías fundamentales, como se ha desarrollado al inicio de este trabajo. A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 “A” como un ideal común para todos los pueblos y naciones, cuyo artículo 1º establece textualmente que “todos los seres humanos

⁹⁷ Locke, John. (1955). *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Buenos Aires: Editorial Aguilar.

⁹⁸ Rousseau, Jean Jacques (1956). *Discurso sobre el origen de la desigualdad de los hombres*. Buenos Aires: Editorial Aguilar.

⁹⁹ Duguit, León (1926). *Manual de Derecho Constitucional*. Traducción de José G. Acuña. Madrid: Librería de E. Beltran.

nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, pueden haber pocas dudas en relación a que el de igualdad ante la ley es un principio general del derecho. Sin embargo, la cuestión pasa a ser otra: ¿se lo respeta realmente?

VIII. El principio de igualdad en la Argentina de hoy

Tiene raigambre constitucional, como ya se expuso, que en teoría todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en cualquier cargo o empleo solamente en virtud de su idoneidad. A esos fines, y en pos de equiparar a quienes se encuentran en una situación de poder o superioridad en su vinculación con otros, la normativa vigente se ha ocupado de procurar proteger a las que resultan partes más débiles en las diversas relaciones jurídicas. La Ley de Contrato de Trabajo 20.744 es un ejemplo muy claro al respecto.

La reforma constitucional aprobada en la ciudad de Santa Fe en el año 1994 introdujo en su nuevo capítulo segundo los artículos 36 a 43, consagrando los que denominó “nuevos derechos y garantías” tendientes a reforzar el principio de igualdad. Por ejemplo, el derecho de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano y equilibrado,¹⁰⁰ la protección a los consumidores de bienes y servicios,¹⁰¹ el derecho de amparo¹⁰² o la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios.¹⁰³

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida vulgarmente como Pacto de San José de Costa Rica, introducida en nuestro sistema jurídico por Ley 23.054, aprobada el día 1° de marzo de 1984 y que entrara a regir el día 19 del mismo mes, establece en su artículo primero textualmente que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna

¹⁰⁰ Artículo 41.

¹⁰¹ Artículo 42.

¹⁰² Artículo 43.

¹⁰³ Artículo 37.

por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. A su vez, el artículo 19 se encuentra destinado específicamente a tutelar los derechos del niño.

Podría seguir transcribiendo normas, pero me parece innecesario. Teóricamente los argentinos somos todos iguales ante la ley: los hombres y las mujeres, los adultos y los niños, los empleadores y sus asalariados, los prestadores de servicios y los usuarios de dichos servicios, los productores y los consumidores, los discapacitados y quienes no lo son... Eso en teoría, pero en la práctica no sucede así y esto ocurre en todos los ámbitos, sea cual fuere la dirección hacia la que dirijamos la vista. Vayan algunos ejemplos:

- No todos los empleados bajo relación de dependencia están en la misma situación jurídica; los públicos gozan de estabilidad absoluta, los privados no.
- Aun entre estos últimos hay diferencias notables. Los que fueron debidamente registrados gozan de los derechos que las leyes vigentes en la materia les otorgan y pueden llegar a jubilarse en el futuro, mientras que los no registrados –denominados vulgarmente “en negro”– carecen de estos beneficios. Se trata de un problema que el Estado no ha sabido, no ha querido o no ha podido resolver jamás.
- Los subsidios para el pago de los servicios públicos esenciales que alcanzan indiscriminadamente a toda la población no son igualitarios, porque benefician a quienes podrían perfectamente costearlos, frente a quienes carecen de medios para hacerlo. En igual sentido, aunque a la inversa, opera la quita, también indiscriminada, de tales subsidios.
- Quienes desarrollan cualquier tipo de actividad productiva respetando de modo escrupuloso toda la normativa vigente pueden encontrarse asfixiados por las exigencias de dichas normas y en abierto pie de desigualdad con los que las ignoran.¹⁰⁴ No es extraño ver un comercio legalmente instalado que paga todos los impuestos que gravan su actividad, y frente al mismo alguna persona que vende exactamente los mismos productos, traídos de contrabando, a los que exhibe abiertamente sobre

¹⁰⁴ Bermudo, Juan Manuel (2017). *Marx. Del Ágora al mercado*. Barcelona: Editorial Emse Edapp S.L.

una manta extendida directamente sobre el suelo, sin que las autoridades hagan nada al respecto.

- Los entes recaudadores de impuestos descargan todo su peso sobre los contribuyentes registrados. Quienes no lo están eluden impunemente sus obligaciones impositivas.
- Las leyes que imponen cupos mínimos en virtud del sexo para el desempeño de cargos públicos violan abiertamente el principio constitucional que impone para ejercerlos el único requisito de la idoneidad.
- En fin, el acceso gratuito a la salud o la educación universitaria no es una práctica igualitaria, porque beneficia a quienes pueden costear de su propio peculio esos servicios, distraendo injustificadamente recursos que el Estado bien podría aplicar en procurar un mayor bienestar general.

Con lo cual creo estar en condiciones de formular mi conclusión. No puede existir ninguna duda acerca de que hoy el de igualdad ante la ley es un principio general del derecho. Sin embargo, nos queda aún un largo camino para alcanzar su completa operatividad.

La *exceptio doli* y la función de indemnidad patrimonial. Un esbozo¹⁰⁵

Por Patricio Lazo González¹⁰⁶

Resumen

El objetivo de este trabajo es examinar las funciones dogmáticas reconocidas a la *exceptio doli*, así como la posibilidad de hablar de una función de indemnidad patrimonial. Su marco teórico lo constituyen las nociones de funciones manifiestas y funciones latentes, propia de la sociología norteamericana de la segunda mitad del siglo XX y la clasificación de la *exceptio doli* propuesta por Riccobono. El desarrollo del trabajo atiende a ciertos pasajes extraídos de fuentes romanas, tanto jurídicas como literarias, para fundar sus apreciaciones en torno al fundamento sobre el que se sostendría la función de indemnidad patrimonial.

Palabras clave: *exceptio doli*; funciones dogmáticas; indemnidad patrimonial; equidad; derecho romano.

¹⁰⁵ Además de ser presentado en este Congreso, este trabajo forma parte del proyecto de investigación Fondecyt N° 1181930, *Exceptio doli generalis: historia, función e interpretación*. El autor agradece al Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico de Chile el apoyo brindado para la realización de este proyecto.

¹⁰⁶ Abogado y Doctor en Derecho. Profesor de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Correo electrónico: patricio.lazo@pucv.cl. Dirección postal: Av. Brasil 2958, Valparaíso (Chile). Teléfono: +56 32 227 3115.

I. Introducción

De las muchas ocasiones en que Paulo, jurista del siglo III, se refiere a la *exceptio doli*, hay una en la que interesa que nos detengamos. Se trata del pasaje en el cual alude al fundamento de la creación de dicha excepción. La oportunidad la encuentra en la *laudatio* del edicto del pretor: “D. 44, 4, 1, 1 (Paulo, 71 ad ed.): *Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit*”.¹⁰⁷

La equidad natural,¹⁰⁸ por consiguiente, sería el fundamento de la creación de esta excepción, que impediría que alguien pudiese usar el *ius civile* para valerse de su propio dolo.

Resulta conveniente examinar con detenimiento las palabras de Paulo, a fin de no incurrir en una impresión errada acerca de la relación entre la *exceptio doli* y el *ius civile*. En efecto, a primera vista, podría parecer que en ellas se revela una oposición: por un lado, el dolo y el derecho civil y, por el otro, la equidad natural y la *exceptio doli*. Pero tal contradicción es aparente, ya que Paulo no relaciona el derecho civil con la injusticia, sino que llama la atención acerca de una cierta debilidad de este, a saber, la ausencia de mecanismos que impidan su uso de forma antagónica con la equidad natural. La *exceptio doli* sería, entonces, un mecanismo correctivo de aquella debilidad del *ius civile*, por medio de la cual ciertos comportamientos dolosos podrían impugnarse. Si se toma en cuenta estas premisas, entonces se comprende que, para Paulo, antes que orientarse a reformar el derecho civil *in toto*, la *exceptio doli* dirigiría su acción a la actuación de la equidad natural en determinados supuestos. Ahora bien, si se revisa aquellos que el propio Paulo examina en D. 44, 4, 5, se podrá observar que, a pesar de que ellos no desmienten su originaria función, en la época en que nuestro jurista escribe se habían agregado a ella otras, las que habían adquirido una fisonomía definida. Es decir, la afirmación de Paulo, específicamente en cuanto a la relación que establece entre la *exceptio doli* y la equidad, describe correctamente solo uno de los efectos de aquella, pero no desmiente la existencia de otros. Pudo parecer suficiente a nuestro jurista

¹⁰⁷ Traducción: “Por esto propuso el pretor esta excepción, para que nadie obtenga algo de su dolo malo, al amparo del derecho civil y contra la equidad natural!”

¹⁰⁸ D’Ors prefiere traducir como “justicia natural”. Vid. D’Ors, Álvaro et al. (1975). *El Digesto de Justiniano*. Tomo III. Pamplona: Aranzadi.

pronunciarse parcamente en este punto, quizás porque era pertinente para referirse en términos laudatorios al edicto que se disponía a comentar.

II. Funciones dogmáticas manifiestas y latentes

El uso de la expresión “función” es corriente en numerosas disciplinas, lo que incluye a las ciencias jurídicas. Estas, al observar y explicar sus instituciones, recurren usualmente a dicha noción para sus propósitos descriptivos. Sin embargo, uno de los problemas asociados al uso de la expresión “función” es que esta tiene varias acepciones, de modo que se impone precisar en cuál de todos los sentidos posibles se usa.

En este trabajo me valdré del significado que le asignó el sociólogo norteamericano Robert Merton en un conocido trabajo,¹⁰⁹ en el que desarrolló las nociones de funciones manifiestas y latentes, las que a partir de entonces han sido aplicadas a diferentes áreas de las ciencias sociales y las humanidades.

Según Merton, las funciones “son las consecuencias observadas que favorecen la adaptación o ajuste de un sistema dado”,¹¹⁰ a diferencia de las disfunciones, que define como “las consecuencias observadas que aminoran la adaptación o ajuste del sistema”.¹¹¹ Aquellas, a su vez, pueden ser manifiestas o latentes. En ambos casos se trataría de consecuencias objetivas, es decir, que no dependen de la motivación de los actores, e inciden directamente en la adaptación o ajuste del sistema, por lo que resultan ser benéficas. La diferencia entre uno y otro tipo de funciones radicaría en que las manifiestas son deliberadamente buscadas por los participantes del sistema, en tanto que las latentes no y, en algunos casos, ni siquiera son reconocidas, no obstante lo cual se producen.¹¹²

Merton separa analíticamente el concepto de función del de motivación o disposición subjetiva. Esta atiende al punto de vista del agente o actor de

¹⁰⁹ Merton, Robert (2002). *Teoría y estructura sociales*. 4ª edición. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. Las citas de este trabajo corresponden a esta última.

¹¹⁰ Merton, Robert . *Teoría y estructura sociales*, cit., pág. 126.

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² *Ibíd.*

hechos sociales, a sus deseos o a sus intenciones al realizar una acción, en tanto que el de función se emplea desde el punto de vista del observador, que examina los efectos de dicha acción.¹¹³ Este, a diferencia del primero, está en condiciones de evaluar tales consecuencias, con independencia de las razones por las que aquél haya sido movido a actuar.

Sin embargo, llevado este método de análisis al plano del derecho romano, habría que comenzar por decir que es preferible hablar de funciones dogmáticas, ya que las consecuencias de las instituciones son observadas precisamente en ese plano, el de la dogmática. A su turno, la diferenciación entre motivaciones y funciones (especialmente, las manifiestas) se vuelve complicada, porque, desde el punto de vista de un actor como, por ejemplo, el pretor, podemos observar que él actúa con base en un programa jurisdiccional (el edicto), pero nada sabemos acerca de sus motivaciones.

Por otro lado, hay que observar que los juristas suelen especular sobre los propósitos de ese mismo pretor, de modo que la interpretación que hacen de las fuentes se mezcla con el examen de tales (pretendidas) motivaciones. Pero es difícil que por ese camino haya algún éxito; en realidad, el pretor, en cuanto magistratura jurídico-constitucional, actúa en ejercicio de su jurisdicción, de modo que las reflexiones de los juristas acerca de sus motivaciones habría que entenderlas, más bien, como referidas a las funciones dogmáticas que ellos observan. Debemos, por lo mismo, mirar con distancia el hecho de que los juristas, en particular los tardoclásicos, constaten algunas funciones producidas por determinadas instituciones y, retrospectivamente, intuyan la intención deliberada de producirlas.

Quisiera ejemplificar este aspecto del problema con una *laudatio* al edicto de *exercitoria actione*, de la obra de comentarios al edicto de Ulpiano:

Dig. 14, 1, 1pr. (Ulp. 28 *ad ed.*) *Utilitatem huius edicti patere nemo est qui ignoret. nam cum interdum ignari, cuius sint condicionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem*

¹¹³ Merton, Robert. *Teoría y estructura sociales*, cit., pág. 98: "La disposición subjetiva puede coincidir con la consecuencia objetiva, pero también puede no coincidir. Las dos varían independientemente." Es decir, especialmente cuando no coinciden, es que se hace patente la diferencia del punto de vista, en particular el del observador, que es quien capta la contraposición.

*tabernae vel negotio praeponsit, cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro quam institore. quippe res patitur, ut de conditione quis institoris dispiciat et sic contrahat: in navis magistro non ita, nam interdum locus tempus non patitur plenius deliberandi consilium.*¹¹⁴

Ulpiano pone de relieve dos aspectos positivos de este edicto: 1) la utilidad que prestó, que a su juicio resulta ser manifiesta (*Utilitatem huius edicti patere*), lo que justifica su *laudatio*; y 2) la contribución a la justicia de las relaciones contractuales al permitir que el armador respondiese por los actos del patrón de la nave (*aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, tenere*).

A la luz de las palabras de Ulpiano, uno podría colegir sin temor a equivocarse que lo que quiso el pretor fue introducir una acción contra el armador por los actos y contratos concluidos por su patrón. ¿Describe esta afirmación una disposición subjetiva, o bien una función manifiesta? Si pensamos que el edicto efectivamente introdujo una de las acciones adyecticias, la *exercitoria*, es imposible separar una pretendida motivación subjetiva del efecto que con ello se buscaba. Más aún, la expresión de Ulpiano en el sentido de ser este edicto de una “utilidad manifiesta” parece una referencia bastante explícita a dicha función. Esto lo podemos comprobar a partir de la rica casuística contenida en este título del Digesto, la que se nutre de textos de varios juristas. El examen de esta casuística, a su vez, puede arrojar luces acerca del surgimiento de funciones latentes.

En definitiva, más allá de las expresiones con las que se acomete en los textos jurisprudenciales el examen de determinadas instituciones, es conveniente estudiar las funciones dogmáticas de estas con base exclusiva en cómo los propios juristas se ocupan de su operación en la práctica, es decir, mediante su aplicación a problemas específicos.

Este es el marco teórico a cuyo alero me propongo revisar un antiguo trabajo

¹¹⁴ Traducción: “Nadie puede ignorar la manifiesta utilidad de este edicto: como por las exigencias del tráfico marítimo contratamos con patrones de nave, ignorando a veces su condición y cualidades, era justo que el que nombró patrón para la nave quedara obligado, como se obliga el que puso al frente de un comercio o negocio a un factor; pues es más apremiante el contratar con un patrón que con un factor, ya que las circunstancias permiten que cualquiera pueda informarse de la condición del factor y contrate con él, pero no así respecto al patrón, pues a veces el lugar y el tiempo no permiten pensarlo más detenidamente”. Traducción de D’Ors, Álvaro et al. (1968). *El Digesto de Justiniano*. Tomo I. Pamplona: Aranzadi.

de Salvatore Riccobono, en el cual tuvo oportunidad de pronunciarse sobre las funciones de la *exceptio doli*. Finalmente, propondré una función dogmática adicional.

III. Riccobono acerca de las funciones de la *exceptio doli*

Salvatore Riccobono dedicó unas pocas páginas a la *exceptio doli*, en el marco de un trabajo publicado en 1930 sobre la representación directa.¹¹⁵ En ellas se refirió a las que, en su opinión, habían sido las dos funciones que habría cumplido esta excepción en el derecho romano clásico: la primera habría consistido en “*quella originaria, normale, negativa, eminentemente processuale, la quale arresta, paralizza o distrugge il diritto dell’attore, fondato sul ius civile*”,¹¹⁶ para lo cual tomó por argumento la descripción contenida en Gai. 4, 116 acerca de la *exceptio doli*:

Gai. 4, 116. *Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. saepe enim accidit, ut quis inre civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari. uelut si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus nec numerauerim. nam eam pecuniam a te peti posse certum est.*¹¹⁷ *dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis;*

¹¹⁵ Riccobono, Salvatore (1930). “Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in Diritto Romano”. En *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*. Tomo XIV. 389-447. Palermo: Università di Palermo.

¹¹⁶ Riccobono, Salvatore, cit., pág. 405.

¹¹⁷ Traducción: “Fueron creadas estas excepciones para la defensa de aquellos contra los cuales se litiga. Frecuentemente ocurre que la demanda se funda en derecho civil, pero resulta injusta la condena. Por ejemplo, hubiese estipulado de ti que me des una cantidad de dinero a causa de un préstamo, pero no te hubiese entregado nunca el dinero. Aquel dinero que te puedo cobrar es una cantidad cierta y debes darlo, si es que te has obligado en virtud de una estipulación. Pero puesto que es injusto que seas condenado por esta causa, se permite que te defiendas por medio de la *exceptio doli*. Asimismo, si hubiese pactado contigo no cobrarte aquello que me debes, puedo de todas formas demandarte para que me des esa cantidad debida, porque la obligación no se ve afectada por el pacto. Sin embargo, pareció que a tu demanda debía oponer la excepción de lo convenido mediante pacto.”

sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere. item si pactus fuero tecum, ne id, quod mihi debeas, a te petam, nihilo minus id ipsum a te petere possum dari mihi oportere, quia obligatio pacto conueno non tollitur; sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conuenti repelli.

Gayo se refiere, en primer término, al supuesto en el cual, teniendo como horizonte un préstamo de dinero, el (futuro) mutuante exige al (futuro) mutuario la promesa de su devolución. Una vez perfecta la estipulación, el que debía mutuar el dinero desiste de entregarlo al promitente, pero este queda de todas formas obligado a entregar la suma objeto de la estipulación (*nam eam pecuniam a te peti posse*) o, lo que es igual, librado al ejercicio de la *actio certae pecuniae* por parte del estipulante.¹¹⁸

Como sabemos, en el siglo inmediatamente siguiente al de Gayo, el emperador Antonino Caracalla creará la *exceptio non numeratae pecuniae*, que probablemente acabará con esta práctica.¹¹⁹ Sin embargo, en la época en que escribe nuestro jurista se trataba de algo habitual, como lo indica el adverbio *saepe* con el que Gayo inicia la segunda oración.

El segundo ejemplo que ofrece Gayo es el de un pacto entre acreedor y deudor, en virtud del cual el primero renuncia a cobrar la suma que el segundo le debe. Gayo expresa que tal pacto de no pedir no afecta en nada la obligación contraída por el deudor (*obligatio pacto conueno non tollitur*), de modo que sigue igualmente expuesto a ser demandado por su contraparte.

Gayo, por consiguiente, ilustra con estos dos ejemplos una situación que describe como injusta: el hecho de que tanto en uno como en otro caso, el deudor quede expuesto al ejercicio de la acción civil respectiva y a su correspondiente condena. Desde luego, esto requiere una matización: lo injusto no es, en realidad, estar sujeto a una acción y ser condenado, ya que, después de todo, el derecho descansa en esa premisa. Lo que Gayo denunciará como injusto es que, en el proceso iniciado por una acción civil, el deudor no pueda hacer valer, en un caso, la inexistencia del mutuo y, en el otro, el pacto de no pedir. Lo injusto consistiría, por consiguiente, en que ante el ejercicio de una

¹¹⁸ Sobre el concepto de *certum* vid., Varbaro, Mario (2008). *Per la storia del certum. Alle radici della categoria dell cose fungibili*. Torino: Giappichelli Editore.

¹¹⁹ Sobre esta excepción, vid. Carrasco García, Consuelo (2000). *Supuestos de hecho de la "exceptio non numeratae pecuniae" en el derecho romano*. Madrid: Dykinson.

acción civil, tales hechos carezcan de valor impugnatorio. De ahí que Gayo afirme que el fundamento de la creación de la *exceptio doli* es, precisamente, la defensa de los deudores, a los que se confiere la posibilidad de contrarrestar la pretendida condena de la fórmula, por medio de la alegación de ciertos y determinados hechos que, de comprobarse, conducirían a la absolución.¹²⁰

Volvamos ahora a Riccobono. Cuando este autor hace mención a la segunda función de la *exceptio doli* se refiere a la aplicación recibida por la *interpretatio prudentium* de época bastante posterior a su creación, la que consistió en “*attuare l’efficacia di una convenzione e in generale della volontà effettiva in qualsiasi campo, contro i principii e le forme dell’ius civile*”.¹²¹ Es decir, nuestra excepción habría servido a los juristas no solo para neutralizar una acción civil, sino también para permitir que la voluntad de las partes, expresada en pactos que no se sujetaban a las formas impuestas por el *ius civile*, ganase terreno frente a este. Con ello Riccobono dice, en realidad, dos cosas: la primera, que la voluntad efectiva encuentra en la *exceptio doli* un instrumento eficaz de actuación, en el marco de un proceso; la segunda, que ello se hace ya no en desmedro de una acción civil, sino del *ius civile* mismo, de sus principios y de sus formas.

¹²⁰ Una visión muy similar es la de Ulpiano (66 *ad ed.*) “D. 44, 4, 2, 3: *Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat, haec sunt, quae tractari possunt. si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere: et si cum interponeretur, iustam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem*”. [Traducción: “Sobre el primer asunto, en qué casos esta excepción tiene lugar, pueden ser tratados los siguientes: si alguno hubiese estipulado de otro sin causa y hubiese a continuación demandado en virtud de esa estipulación, la excepción de dolo malo lo perjudicará. Pues si bien al momento de haber estipulado no hay dolo malo, puede decirse que actúa con dolo malo si al momento de la *litis contestatio* perseverase en demandar en virtud de la estipulación. Igualmente, si al estipular tenía justa causa, pero ninguna suficiente después. Por esto, si habiendo estipulado para prestar dinero luego no lo prestó o si hubo causa cierta de la estipulación, pero ella no existió, o bien desapareció, se ha de decir que le perjudica la excepción”].

¹²¹ *Ibid.*

Podríamos resumir lo dicho hasta ahora de este modo: las dos funciones de la *exceptio doli* identificadas tienen un eje que permite su diferenciación: uno de sus extremos se refiere al período histórico en que cada una aparece —la primera función sería coetánea a la creación de la excepción; la segunda, posterior—, en tanto que el segundo de estos extremos se refiere al resultado al que cada una conduce: en un caso, el de neutralización; en el otro, el de matización del formalismo negocial. Esta perspectiva acerca de las funciones de la *exceptio doli* podría permitirnos diferenciar estas según el tipo de efecto que pretenden producir (positivo/negativo), y según el ámbito en que se despliegan (procesal/sustantivo).

La tesis ricobboniana resulta ser un muy útil punto de partida para nuestro análisis. A lo ya dicho, habríamos de agregar lo que sigue: si interpretamos la descripción que hace Gayo de la *exceptio doli* en los términos de la clasificación de las funciones que hemos elegido, podríamos afirmar que su función manifiesta es la de servir como un mecanismo por medio del cual es posible neutralizar una acción civil. Esta consecuencia sería, a su vez, operada a través de la atribución de relevancia procesal a ciertos hechos alegados por el demandado, lo que le permitiría evitar la condena. A su vez, la función latente de nuestra excepción, desarrollada por la jurisprudencia romana, consistiría en dotar de efectos a la voluntad efectiva de las partes, reflejada en pactos.

IV. Equidad y funciones dogmáticas en la *exceptio doli*

Aunque no tenemos certeza acerca del año preciso en que la *exceptio doli* fue introducida en el edicto, es conjeturable que ello haya ocurrido hacia el siglo I a.C. De acuerdo con un testimonio de Cicerón, Aquilio Galo habría introducido remedios procesales contra el dolo: “Cic., *de off.* 3.14.60: *Stomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat*

¹²² Sobre el formalismo negocial, *vid.*, Corbino, Alessandro (1994). *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*. Torino: Giappichelli.

de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum".¹²³

Cicerón, un contemporáneo de Aquilio Galo, además de atribuirle la creación de las fórmulas de dolo malo y de una noción acerca de este (*cum esset aliud simulatum, aliud actum*) no hace mayor caudal de las razones que tuvo para proponerlas.

Si ponemos ahora nuestra atención en cómo se relacionan estas funciones con la equidad, de los textos, tanto el de Paulo que citábamos al comienzo (D. 44, 4, 1, 1), como el de Gayo del que nos hemos venido ocupando, se sigue que la jurisprudencia clásica vio en la equidad el fundamento de la *exceptio doli*. De hecho, la frase de Gayo *saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari* se refiere a los dos supuestos a los que él se refiere, de lo que se concluye que la equidad sería el principio en el cual descansaría la protección del deudor en ambos casos.

Sin embargo, hay que hacer notar que la lectura que hace Riccobono de las palabras de Gayo conduce a una tesis diferente. En cuanto a la segunda función de la *exceptio doli*, nuestro autor afirma que ella habría servido para actuar la voluntad efectiva "contra los principios y formas del *ius civile*", lo que constituye, en realidad, una sobreinterpretación de lo dicho por Gayo. Este parece referirse solo a la injusticia que significa condenar al demandado sin darle la posibilidad de alegar los hechos constitutivos de la excepción. Si, a pesar de todo, Riccobono tuviese razón en este punto, entonces nos veríamos forzados a admitir que la relación entre esta segunda función y la equidad queda oscurecida, si es que no comprometida. Por lo pronto, deja de ser tan nítido que la equidad pueda esgrimirse como fundamento de esta función

¹²³ Traducción: "Comenzó Canio a encolerizarse, pero ¿qué podría hacer? Todavía no había publicado Aquilio Galo, compañero y amigo mío, las fórmulas de dolo malo, en las cuales, cuando se le preguntaba qué cosa era el dolo, respondía que consistía en simular una cosa y hacer otra". Burdese, Alberto (2006). *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*. En Garofalo, Luigi (comp.). *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*. Padova: CEDAM, cree que la actuación de A. Galo en la introducción de medios procesales no ocurrió en el 66 a. C., año de su pretura, sino que con anterioridad debió haber sugerido a un pretor su introducción; para una visión muy detallada del punto, *vid.* Brutti, Massimo (1973). *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*. Milano: Giuffré, pág. 131 n. 3 y 132 y ss.

latente; el hecho de que se admita en el ordenamiento jurídico mecanismos destinados a dotar de efectos a la voluntad real, manifestada a través de pactos y, por lo mismo, exceptuados de los límites del formalismo no es, en sí mismo, una respuesta al problema de la equidad, sino que se refiere a la evolución del derecho. En efecto, si Riccobono tiene razón en su punto de vista, resulta que el fundamento que podría asomar para el uso de la *exceptio doli* en este caso sería el de introducir en el derecho mecanismos de atenuación del formalismo negocial, lo que se relaciona con el abrir paso al principio del consensualismo en los negocios jurídicos.¹²⁴ Se trata de un aspecto que tiene que ver con mecanismos de adaptación del derecho a una vida jurídica más compleja y, por lo mismo, no parece inmediatamente conectado a la equidad.

V. Otras funciones dogmáticas de la *exceptio doli*

La sistematización de la extensa casuística sobre la *exceptio doli* –supuestos que atraviesan las más diversas áreas del derecho privado– hace pensar que ella difícilmente puede encuadrarse en las dos funciones que hemos visto. Aunque correcta, la identificación de solo una función latente –a saber, el reconocimiento de determinados efectos de la voluntad negocial expresada por medio de pactos– no alcanza para cubrir el espectro de supuestos en los cuales la *exceptio doli* actúa, dando lugar a la producción de efectos diferentes.¹²⁵ La sola lectura de todo el título D. 44, 4 permite hipotetizar que la existencia de grupos significativos de supuestos supone otras funciones latentes. Con ello no hago referencia al hecho, ya examinado en la literatura romanística, de que la *exceptio doli* se hubo desarrollado suficientemente como para operar en

¹²⁴ Sobre consensualismo, *vid.* Guzmán Brito, Alejandro (2013). *Derecho Privado Romano*. Tomo II. 2° edición. Santiago de Chile: Thomson: Reuters, pág. 132 y ss.; sobre las voces *conventio* y *pactum* en el lenguaje negocial romano, *vid.* Guzmán Brito, Alejandro (2005). *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo e iberoamericano*. Pamplona: Thomson Aranzadi, pág. 30 y ss.

¹²⁵ Es conjeturable que el propio Riccobono no haya pretendido describir con ella todos los supuestos de concesión de la *exceptio doli*, sino solamente oponer dos funciones del instituto y, precisamente, una muy cercana a la materia que le interesaba tratar.

todas las áreas temáticas que cubre el derecho privado romano,¹²⁶ sino a este otro, al de identificar el tipo específico de función dogmática, cualquiera sea el área en la cual sus efectos o consecuencias se producen, por las características comunes y definitorias de éstos.

En mi opinión, la ingente masa de supuestos en los cuales es posible observar la actuación de la *exceptio doli* permite identificar otras funciones de esta. Intentaré dar cuenta una de estas regularidades que, a mi modo de entender, nos permitirían hablar de la función dogmática de indemnidad patrimonial.

VI. La función de indemnidad patrimonial

Bajo la expresión “indemnidad patrimonial” pretendo englobar supuestos en los que se decide la cuantía de los reembolsos exigidos al reivindicante, en el contexto de la *exceptio doli*. Como se sabe, una vez ante el ejercicio de la acción real el demandado podía solicitar al pretor que incluyese la excepción en la fórmula, lo que le facultaría para retener la cosa en el supuesto de operatividad de la cláusula arbitraria, hasta que el actor le abonase las impensas a las que tenía derecho.

Desde el momento en que el juez daba la posibilidad al demandado de restituir y hasta que ello ocurría, se abría un espacio de discusión, en el cual se necesitaría establecer con precisión la cuantía del desembolso que debería hacer el demandante para obtener la restitución de la cosa y de algunos de sus frutos, si correspondía. Vistas así las cosas, es posible afirmar que la *exceptio doli* constituía el marco dentro del cual tenía lugar una complicada discusión, propia del proceso *apud iudicem*. Resulta lógico, entonces, que los juristas razonaran también en torno a los problemas planteados en el seno de esta discusión, la que en algún momento requirió de criterios para la imputación de las impensas y de los frutos de modo de determinar con cierto grado de precisión los montos a restituir. Sobre tales bases se podría calcular el monto que el demandante debía al demandado.

Mirado desde esta perspectiva, resulta más o menos claro que la *exceptio doli*

¹²⁶ Concretamente, pienso en la obra colectiva dirigida por Luigi Garofalo (cit. n.º 68), en la que se examina la incidencia de nuestra excepción en las más diversas áreas del derecho romano.

daba ocasión para abordar una miríada de problemas procesales y sustantivos derivados de la restitución. Esta función, claramente, no estaba entre aquellas para las que había sido creada. Fue mérito de la jurisprudencia advertir otras, diferentes a la originaria, pero benéficas desde el punto de vista del desarrollo del derecho.

Examinaremos a continuación un par de ejemplos acerca de la discusión sobre la imputación de frutos a las impensas. Podrá observarse cómo las respuestas de los juristas se orientan a proveer al juez de criterios técnicos para establecer las condiciones de la restitución.

Un supuesto en el que esto ocurre es el del solar donado por uno de los cónyuges al otro.¹²⁷ El supuesto discutido por los juristas romanos fue el de la edificación, por parte del donatario, en el predio donado. Ante el supuesto de reivindicación el cónyuge que hubiese construido podía obtener una indemnización por aquella inversión, en virtud de la *exceptio doli*.

D. 44, 4, 10 (Marcianus 3 reg.) *Cum vir aut uxor in area sibi donata aliquid aedificasset, plerisque placet doli mali exceptione posita rem servari posse.*¹²⁸

D. 24, 1, 31, 2 (Pomponius 14 ad Sab.) *Si vir uxori aream donaverit et uxor in ea insulam aedificaverit, ea insula sine dubio mariti est, sed eam impensam mulierem servaturam placet: nam si maritus vindicet insulam, retentionem impensae mulierem facturam.*¹²⁹

Puede observarse que la discusión planteada por Marciano se enmarca en proposiciones todavía demasiado amplias (*doli mali exceptione posita rem servari posse*), lo que contrasta con los términos en que Pomponio trata el mismo supuesto en el segundo texto. Este habla de impensas y del fundamento para

¹²⁷ García Garrido, Manuel (1982). *Ius uxorium*. Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, pág. 61 y ss., discute las diversas hipótesis en torno al origen y fundamento de la prohibición de las donaciones entre cónyuges.

¹²⁸ Traducción: "Si el marido o la mujer, en el solar donado por uno al otro, edificase, se admite por la mayoría que por la interposición de la excepción de dolo malo puede obtener una indemnización".

¹²⁹ Traducción: "Si el marido hubiese donado a la mujer un solar y esta hubiese edificado en él, aquella edificación pertenece, indudablemente, al marido. Sin embargo, se admite que las impensas habrán de ser indemnizadas a la mujer: porque si el marido reivindica la edificación, la mujer la retendrá a causa (del pago) de las impensas".

indemnizarlas por parte del demandante, si bien no de la *exceptio doli*. No solo eso, a diferencia de Marciano, hace expresa mención a la retención de la edificación en manos del cónyuge constructor y es claro al sostener que, hasta el pago total de las impensas, se podrá retener la edificación por parte del demandado (*eam impensam mulierem servaturam placet: nam si maritus vindicet insulam, retentionem impensae mulierem facturam*).

Desde luego, varios son los problemas de naturaleza dogmática a los que estos pasajes se conectan, pero solo podemos centrarnos en aquellos que se relacionan con la función desempeñada por la *exceptio doli*. Analizados conjuntamente, en ambos fragmentos el tema de fondo es el derecho de la mujer a exigir al marido el reembolso de las inversiones realizadas en el predio donado, a lo que ambos textos dan lugar.

Vista con detenimiento, la función cumplida aquí por la *exceptio doli* no se relaciona con la destrucción del derecho del actor, sino que más bien provee al demandado de un marco de actuación muy amplio, dentro del cual aparece y se desarrolla su derecho de retención.¹³⁰ Nada se indica acerca de los criterios con los cuales se computa el reembolso a favor del demandado, pero parece claro que él queda indemne desde una perspectiva patrimonial. Con esto se logra que el aumento de valor experimentado por el predio quede a cargo del patrimonio del demandante, lo que implica la indemnidad del demandado.

Con todo, se advierte en estos pasajes la ausencia de toda referencia a los frutos percibidos antes de la *litis contestatio*, que, como sabemos, pertenecen al poseedor de buena fe. Y es lógico preguntarse si ellos desempeñan algún papel en la cuantificación de la indemnización, cuestión que fue resuelta en el siglo III por Papiniano, como se observará a continuación.

D. 6, 1, 48 (Papinianus 2 resp.) *Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptioe doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliorem praedio facto dominus restituere cogitur.*¹³¹

¹³⁰ Sobre el derecho de retención, *vid.* el ya clásico trabajo de Nardi, Enzo (1957). *Studi sulla ritenzione in diritto romano*. T. II. *Profilo storico*. Milano: Giuffré.

¹³¹ Traducción: "Los gastos en un predio, que resultó ser ajeno, hechos por un poseedor de buena fe, no pueden demandarse ni a aquel que donó el predio ni al propietario. Pero es

D. 6, 1, 65 pr. (Papinianus 2 resp.) *Emptor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque mediū temporis superfluum recipaverit, scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit: nam eos usuris novis dumtaxat compensari sumptuum in praedium factorum exemplo aequum est.*¹³²

Papiniano parece desarrollar suficientemente una idea: el monto de las impensas debe compensarse con el de los frutos percibidos, de modo que al demandado le corresponderá la diferencia en caso de que aquellas fuesen superiores a estos. En el primer caso Papiniano (D. 6, 1, 48) trata de un poseedor de buena fe que realiza las inversiones en un predio que resulta ser ajeno. Esas inversiones, agrega nuestro jurista, pueden ser recobradas por el poseedor de buena fe, pero no a través de acción, sino de excepción. Papiniano pone de relieve que, en el caso de que el poseedor haya percibido frutos, solo recobrá aquellos gastos cuando hayan sido superiores a aquellos, y la misma idea sostiene en el fragmento que citamos a continuación (D. 6, 1, 65 pr.). Este segundo supuesto consiste en que un comprador ha adquirido *a non domino* un predio que, a su vez, se encontraba en prenda a un acreedor (*pignori datum praedium*). Esta es la razón que explica que, además del precio de compra, el comprador haya debido también desembolsar la cantidad correspondiente a la deuda garantizada con la prenda. En el juicio reivindicatorio, y en virtud de la *exceptio doli*, el comprador solo restituirá el predio al reivindicante si este le reembolsa la suma de dinero que aquel pagó al acreedor para extinguir la prenda. A esta suma –agrega Papiniano– se han de agregar los intereses devengados y pagados en el tiempo intermedio, pero no los anteriores a la prenda.

verdadero que en virtud de la excepción de dolo, por el ministerio del juez y con fundamento en la equidad, son indemnizados, supuesto que excedan los frutos percibidos antes de la *litis contestatio*. En efecto, operada la compensación, el dueño (podría) ser obligado a restituir el excedente de aquellos gastos que mejoraron el predio”

¹³² Traducción: “El comprador de un predio comprado a quien no era dueño, por medio de la excepción de dolo, solo al dueño estará obligado a restituir (el predio) si recuperase la cantidad pagada a un acreedor de aquel (= propietario) que tenía el predio en prenda, más el excedente de los intereses del tiempo intermedio, si con los frutos percibidos antes de la *litis contestatio* se hubiese percibido menos, pues es justo que estos se compensen tan solo con los intereses posteriores a la venta, a semejanza de como se hace con los gastos hechos en el predio”

Papiniano profundizará en la relevancia que adquiere la percepción de frutos, al agregar que todo ello ocurre siempre que la suma pagada a título de intereses sea mayor que aquella correspondiente al montante de los frutos percibidos antes del juicio (*si minus in fructibus ante litem perceptis fuit*), ya que hacerlo así sería justo.¹³³

Los pasajes de Papiniano examinados aclaran de mejor forma esta función latente que hemos denominado indemnidad patrimonial. En el orden de ideas aquí expuesto, si las inversiones han de reembolsarse, no se puede dejar de considerar los frutos percibidos por el poseedor de buena fe, de modo tal que el valor de estos se compensarán con aquellos. De esto se sigue que no habrá lugar a la restitución de las inversiones si el monto de los frutos percibidos ha supuesto, en la práctica, su restitución. Es decir, la indemnidad patrimonial, tal como la enfoca Papiniano, ya no solo toma por eje el patrimonio del demandado, sino también el del demandante.

En síntesis, podría afirmarse –aunque fuese provisionalmente– que en decisiones jurisprudenciales de los siglos II al III d. C. es posible observar que los juristas utilizaron la *exceptio doli* como un marco dentro del cual discutir la medida conforme a la cual el patrimonio del demandado resultaba ser indemnizado en los supuestos específicos de impensas útiles, pero, todavía más, incorporaron en su análisis criterios que hoy llamaríamos contables, probablemente en respuesta a una necesidad sentida por quienes debían establecer las condiciones de una restitución.

Parece improbable que este tipo de consecuencia haya sido prevista e incluso buscada cuando la *exceptio doli* fue creada. Sin embargo, lo que estos cuatro pasajes muestran con claridad (entre varios que pueden citarse) es que resultó decisiva para el desarrollo de la dogmática en torno a la *exceptio doli*.

VII. Conclusión

Solemos decir que algo, por ejemplo, una institución jurídica, “está llamada a cumplir” una determinada función. Bajo esa idea damos por sentado un cierto

¹³³ El pasaje parece recortado en esta última parte, porque parecería más acertado entender los *usuris novis* de los que habla Papiniano en esta última parte del fragmento son opuestos a los frutos percibidos igualmente después del pleito, lo que se explicaría con el enfático *dumtaxat*.

consenso en torno a esa función, pero no apuntamos el análisis hacia la cuestión de si ella es un producto deliberado, o bien obedece a causas diferentes. Lo cierto es que la actividad interpretativa que hacemos de las reglas nos coloca ante más de una posibilidad, o, si se quiere, ante más de una función posible.

La jurisprudencia romana tuvo claridad desde un inicio acerca de su papel creador a través de la interpretación, y no dudó en aprovechar las posibilidades que tenían las diferentes instituciones para desarrollar no una, sino varias funciones.

El valor que para nosotros tiene la jurisprudencia romana es interesante si se mira desde la perspectiva acerca de cómo, mediante la interpretación de las instituciones, provocamos consecuencias positivas no previstas en su diseño original. Y es que, al menos en lo que se refiere al derecho, el continuo desarrollo de las posibilidades interpretativas bien puede estar asociado a la creación de nuevas funciones de nuestras instituciones. Hacerlo de modo tal de diferenciar funciones y disfunciones es ya un avance significativo y no creo que debamos dejar de tenerlo en cuenta.

El caso de la *exceptio doli* demuestra que las funciones latentes pueden ocupar un lugar mucho más importante que el de aquella otra manifiesta y ello dice mucho acerca de la conexión con el desarrollo del derecho. Ella continuaría siendo objeto de estudio entre los juristas medievales y los humanistas e influiría notablemente en los procesalistas y civilistas alemanes del la Pandectística alemana.

La codificación civil y procesal no constituirá su fin; de hecho, cierta jurisprudencia alemana del siglo XX continuará invocándola y promoviendo un renacimiento de ella en el derecho privado alemán,¹³⁴ comprobando así que nada de lo hecho por la jurisprudencia romana se había perdido. A fin de cuentas, todo depende de cómo veamos nuestra propia función.

¹³⁴ Vid. Wacke, Andreas (1994). "La 'exceptio doli' en el Derecho romano clásico y la 'Verwirkung' en el Derecho alemán moderno." En *Derecho romano de Obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 977-997.

Realidad histórica y elementos legendarios en el derecho romano primitivo y en la Ley de las XII Tablas

Por Luis Rodríguez Ennes¹³⁵

Sumario

I. Preliminares; II. *Leges Regiae*; III. *Mores Maiorum*; IV. Las XII Tablas; IV. 1. *Historicidad*; IV. 2. *Crítica a los elementos legendarios*; IV. 3. *Palingenesia*; IV. 4. *Pervivencia a través de la interpretatio*

I. Preliminares

Las primeras etapas del derecho romano no se conocen, aunque la legislación comparada y el análisis de las instituciones del derecho romano histórico han permitido a los autores llegar a algunas conjeturas, más o menos plausibles,

¹³⁵ Catedrático Emérito de Derecho Romano (Universidad de Vigo, España). Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional del Comahue y la Universidad de Flores.

referente al carácter y conceptos fundamentales del orden jurídico prehistórico. Es imposible decir qué papel pueden haber desempeñado las influencias extranjeras o preitalicas en la evolución jurídica de aquellos días. Algunas teorías de época pasada, que consideraban al derecho romano derivado totalmente de ideas desarrolladas milenios antes en Egipto o en cualquier otra parte del Oriente y milagrosamente trasplantadas a Italia, eran puramente fantásticas.

Más seria es la cuestión de las influencias etruscas; tanto más, puesto que algunas prácticas religiosas de los romanos fueron indudablemente aportación etrusca, tales como el examen de las entrañas a las víctimas sacrificadas (*haruspicina*). En efecto, es muy probable que los romanos heredasen ciertos rasgos de su constitución, como el *imperium*, de sus dominadores etruscos. Sin embargo, no se ha aducido todavía ninguna prueba segura en apoyo a la hipótesis de un origen etrusco de instituciones de derecho privado romano. En la sugerencia de tales influencias, lo más recomendable es la cautela, puesto que el derecho etrusco nos es totalmente desconocido. Con toda probabilidad el desarrollo de sus doctrinas e instituciones jurídicas fue adquisición original de los romanos en el comienzo y continuó siéndolo hasta el fin. Las influencias etruscas, luego griegas y otros influjos extraños se referían tan solo a detalles y fueron asimiladas sin que afectasen al espíritu y estructura del sistema general.

II. *Leges Regiae*

En los primeros tiempos, como todo pueblo primitivo, los romanos vivían según su derecho no escrito, consuetudinario. No se sabe cuándo fueron dictadas por primera vez normas jurídicas en forma escrita. Oímos hablar de *leges regiae*, o sea, “leyes de los reyes”, que se supone han emanado de algunos de los primeros monarcas. Al mismo Rómulo se atribuyeron varias de estas leyes; y hay también, algunas muy pocas atribuidas a Numa Pompilio, el segundo rey, y a otros. En época desconocida, probablemente no antes del final de la República, las *leges regiae* fueron reunidas, según la tradición romana, por un tal Sexto Papirio; este libro se conocía con el nombre de *Ius Papirianum*.

El *Ius Papirianum* —si es que existió alguna vez— se nos ha perdido, pero cierto número de leyes aparentemente dictadas por los reyes se han conservado en las obras de escritores romanos y griegos posteriores. Su origen es desconocido,

aunque algunas se remontan evidentemente a un período primitivo probablemente pre-republicano. Sin embargo, en general, la tradición referente a ellas no es más fidedigna que la que atribuye a Servio Tulio las principales instituciones de la constitución republicana. En todo caso, desde el punto de vista de la historia del derecho romano, su importancia es pequeña porque, en cuanto puede verse de lo que dan a entender los restos, la mayoría de ellas pertenecían a materia de *fas* más bien que a materia de *ius*.

III. *Mores maiorum*

La expresión *mores maiorum* quiere decir, literalmente, “costumbres de los antepasados”, si bien el vocablo castellano “costumbres” no traduce exactamente la expresión latina *mores* (plural de *mos*), que tiene un contenido más rico que la correspondiente traducción. Es cierto que las instituciones jurídicas romanas, como las de otros pueblos, tuvieron origen consuetudinario, pero, dada la naturalidad de este fenómeno, los romanos no suscitaron nunca el fundamento de la validez de las instituciones propias. El término *mos* es bastante antiguo, pero no indica la realidad jurídica sino más bien el hecho de que una determinada conducta está de acuerdo con una tradición, y por ello se refiere a los hechos que tienen un más decidido carácter social, como son los ritos religiosos y la conducta moral de cada ciudadano. Pero, en el derecho primitivo, los *mores* inveterados, la traición de una moralidad comprobada, era lo que se imponía a los ciudadanos como norma de sus recíprocas relaciones y en sus vinculaciones con los dioses. Los actos civiles, tanto públicos como privados, se repetían según esa norma antigua, de la misma manera que los fenómenos de la naturaleza se van repitiendo según leyes permanentes. La interrupción de esa vieja moralidad constituía una infracción, un pecado. Las autoridades religiosas, es decir, los llamados “pontífices”, eran las encargadas de sancionar y aclarar el sentido y el alcance de los *mores maiorum*. Es así que el derecho, la religión y la moral constituía un todo único.

Como consecuencia natural de estas actividades de los pontífices surge el concepto de *ius*, cuya fuente son los *mores* interpretados y concretados por los pontífices, lo cual les da un cierto carácter de moralidad especialmente ordenada que, cuando se refiere a las relaciones humanas entre ciudadanos, recibe el nombre de *ius civile*. Pero como la conducta humana no se gobierna únicamente

por órdenes, surge, al lado del *ius*, un nuevo concepto, más embebido de sentido religioso, que recibe el nombre de *fas* y que es propiamente lo lícito desde el punto de vista religioso, es decir, “todo acto humano no prohibido”. En la medida en que el *ius* es lo lícito civil, el *fas* es lo lícito religioso, pero como en las relaciones que afectan a la divinidad hay más prohibiciones que mandamientos, toda conducta contraria al *fas* se considera “nefasta”, es decir, sinónima de pecado; sin embargo, a fines del siglo IV y principios del III a. C., los términos *ius* y *fas* se utilizan para referirse al derecho y a la religión, respectivamente. Ello es consecuencia de la secularización de la jurisprudencia, es decir, de que dejaron de ser intérpretes y exclusivos conocedores del *ius* los pontífices y pasaron a serlo los *prudentes*, es decir, personajes detentadores de una función libre y pública, que no tenía ya nada que ver con la religión pagana y que tenían prestigio derivado de que sabían lo que se podía hacer y lo que no.

IV. Las XII Tablas

IV.1. Historicidad

La primera legislación romana verdadera de la que tenemos noticia —y muy verosíblemente la primera acometida por los romanos— apareció hacia la mitad del siglo V a. C., debido a la lucha entre patricios y plebeyos. Los datos que poseemos en torno a la génesis de esta legislación nos son facilitados fundamentalmente por la narración de Tito Livio (*Ab Urbe Condita* 3, 9/57), y por las referencias que a ella hacen otros historiadores: Dionisio, 12, 23/26, Tácito, (*Annales*, 3, 27), además de Cicerón (*De Republica*, 2, 36/37) y Pomponio (D. 1, 2, 2, 3/6). La falta de veracidad de estas informaciones, llenas de las inexactitudes y anacronismos propios de la analística y la historiografía antigua, no ofrece duda alguna; sin embargo, no cabe deducir de ellos, sin más, la negativa de la historicidad de las XII Tablas, como pretendió Lambert,¹³⁶ según el cual, la Ley de las XII Tablas sería una recopilación de reglas jurídicas,

¹³⁶ Lambert, Edouard (1903). *Etudes de droit commun législatif*. Tomo I. París: V. Giard & E. Brière, pág 500 y ss.

basadas en antiguas costumbres y hechas por un jurista del siglo II a. C. Bajo ropaje literario, es indudable que aquellas narraciones contienen datos ciertos.

La autenticidad de las XII Tablas aparece testimoniada no solo por las referencias de los autores antes mencionados, sino también por el recuerdo que de la misma y de su derecho; conservó la tradición jurídica: Sexto Elio Peto Cato, Lucio Acilio, Cicerón (*De legibus* 3, 23, 59), Servio Sulpicio Rufo, Labeón (*ad Duodecim Tabularum libri*, cfr. *Palingenesia Iuris Civilis* I, 502) y Gayo (*ibid.* 242 ss.), comentaron la ley decenviral, cuyo texto es además familiar a los profanos, como resulta de las alusiones que al mismo tiempo hacen Aulo Gelio, Varrón, Festo y otros autores, hasta el punto de ser objeto de aprendizaje escolar, según afirma Cicerón: *discebamus enim pueri XII ut Carmen necessarium* (*De legibus* 2. 23. 59). Puede también darse por cierto que las XII Tablas fueron obra de un decenvirato legislativo (*placuit publica auctoritate decem constitui vires*, D. 1, 2, 3, 4), al que atribuidos poderes dictatoriales (*da tumque est eis ius eo anno in civitate summum, uti leges, et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur, neque provocatio ab eis, sicut a reliquis magistratibus fieret*, D. eod.). Refiere Pomponio que después de finalizada su tarea y hechas públicas las leyes (*quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi*), los decenviros advirtieron que estaban incompletas (*qui ipsi animadverterunt aliquid deesse istis primis legibus*), por lo que tuvieron la prolongación de su magistratura durante un año más, añadiendo así dos tablas más a las diez anteriores (*ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt: et ita ex accedenti appellatae sunt leges duodecim tabularum*).

IV. 2. Crítica a los elementos legendarios

La historicidad de este segundo decenvirato legislativo, del que habrían formado parte tres plebeyos, es dudosa y, por lo menos puede darse por falsa la narración de Livio respecto a su caída a raíz de una sublevación de la plebe, motivada por los abusos de aquel, y por increíble el hecho de que —a pesar de todo— estas dos *tabulae iniquae* hubiesen sido publicadas con las anteriores por los dos cónsules del a. 449, quienes, antes de partir para la guerra contra los equos y sabinos (Livio, 3, 57, 10: *leges decenvirales, quibus duodecim tabulis est nomen, in aes incisae in publico propusuerunt*).¹³⁷

¹³⁷ Arangio Ruiz, Vicente (1937). *Storia del Diritto Romano*, Napoli: Eugenio Jovene, pág. 56 y ss.

La fecha que la tradición asigna a la ley decenviral (451/449) puede admitirse como cierta, sin que haya que pensar en una anticipación, como pretendió Pais.¹³⁸ Una serie de datos extraídos del propio contenido de la ley hacen perfectamente verosímil su cronología: así en la venta del deudor insolvente *trans Tiberim* subyace el hecho de que una de las dos orillas del Tíber estaba fuera del territorio romano, lo que efectivamente sucedió hasta la toma de Veyes el año 396 a. C. La exigencia de que el *vindex* sea *adsiduus* indica que la ley es posterior a la creación de las primeras tribus rústicas.¹³⁹ Tito Livio refiere que antes de la designación del decenvirato legislativo (3, 33) fue enviada una embajada a Atenas con el encargo de *inclitas leges Solonis describere et aliarum Graeciae civitatum instituta, mores iuraque nescere* (3, 31); Dionisio (10, 56) alude también a este hecho e igualmente Pomponio (D. 1, 2, 3, 4)... *per quos (legati) peterentur legibus Graecia civitatibus*; Aulo Gelio (20, 1, 4) y Cicerón (*De legibus*, 2, 59 y 64), por su parte, hacen referencia a influencias de las leyes de Solón (s. VI a. C.) en la ley decenviral. La inverosimilitud de esta parte de la tradición, duramente criticada por Pais,¹⁴⁰ no ofrece ninguna duda. Se pensó, sin embargo, en una posible influencia griega a través de las ciudades de la Magna Grecia, pero incluso esta hipótesis debe ser excluida,¹⁴¹ puesto que del análisis del contenido de la Ley no se deduce sino su genuina originalidad, salvo por lo que se refiere a las prescripciones relativas al lujo en los funerales, a las que justamente alude Cicerón y que incluso pudieron haber sido imitadas de las leyes de Solón a través de Etruria. Las necesidades de explicar las coincidencias de este género mediante influjos es, además, propio de las mentalidades primitivas, siempre prontas a imaginar embajadas y similares medios de comunicación, circunstancia a la que ha de añadirse la tendencia analítica de considerar muy antiguas las relaciones entre Grecia y Roma.

También está en contra de la realidad histórica y del propio contenido de la Ley, la finalidad que la tradición atribuye a la exigencia de su promulgación; Livio habla, en efecto, de que con la legislación decenviral se había pretendido establecer la igualdad jurídica para todos (3, 34... *omnibus, summis, infimis-*

¹³⁸ Pais, Ettore (1915-1921). *Richerche sulla storia e sul diritto pubblico di Roma*. Roma: Ermanno Loescher. Tomo I, pág. 598 y ss. y II, 546 y ss.

¹³⁹ Arangio-Ruiz, Vicente. *Storia*, cit., pág. 58 y ss.

¹⁴⁰ Pais, Ettore. *Richerche*, cit., III, pág. 283 y ss.

¹⁴¹ Arangio-Ruiz, Vicente. *Storia*, cit., pág. 56 y ss.

que, *intra aequasse*), en relación con lo cual se encuentra en la creación de una comisión mixta de patricios y plebeyos para la elaboración de las leyes (3, 31); igualmente incongruente con las pretensiones políticas que la tradición quiere atribuir a la Ley (Livio 3, 9). La crítica de Baviera ha sido definitiva a este respecto.¹⁴² La finalidad real debió de ser la necesidad de tener constancia del derecho aplicable, arrebatando así —en buena parte— a los pontífices pertenecientes a las clases dominantes, el monopolio que tenían sobre el derecho, con lo que se produjo un paso decisivo para su laicización.¹⁴³ A esta necesidad de certeza en el derecho alude justamente Pomponio en D. 1, 2, 2, 3: *Exactis deinde regibus lege tribunicia omnes leges hae excolerunt iterumque coepit populus Romanus incerto magis iure et consuetudine aliqua uti quam per latam legem...*, a ello vino a poner fin precisamente el decenvirato legislativo (*postea ne diutius hoc fieret...* D. 1, 2, 2, 2, 4). Las XII Tablas constituyen así un instrumento de las libertades ciudadanas, idea en la que descansa el hecho de la prohibición, por las mismas impuesta, de que los magistrados pudieran dar leyes contra algún particular (*privilegia ne inroganto*).¹⁴⁴ Cabe decir, pues, que las XII Tablas en cuanto derecho fijado por escrito, significan un avance o hito decisivo en la estructuración de la comunidad jurídico-política que será la *civitas*.¹⁴⁵

IV. 3. Palingenesia

El texto original de las XII Tablas, probablemente perdido en el incendio de Roma causado por la invasión gala (390-389 a. C.), ha podido ser en gran parte reconstruido en base a las referencias y citas, a veces incluso literales, de los autores de fines de la República y comienzos del Principado. A pesar del arcaísmo que presenta el latín de estas citas, no cabe duda de que el mismo ha sido modernizado, e incluso es preciso precaverse contra el riesgo de admitir como perteneciente al texto de las XII Tablas todo lo que aquellos autores

¹⁴² Baviera, Giovanni (1925). *Contributo critico alla storia della Lex XII Tabularum* en *Studi Perozzi*. Palermo, pág. 1 y ss.

¹⁴³ Arangio Ruiz, Vicente. *Storia*, cit., pág. 54 y ss.

¹⁴⁴ Cic. *De Legibus*, 3, 4, 21).

¹⁴⁵ Fuenteseca, Pablo (1987). *Lecciones de Historia del Derecho Romano*. Madrid: El Autor, pág. 83 y ss.

refieren a las mismas, en virtud del fenómeno de la concentración histórica, propio de los escritores de la antigüedad. Algunas citas contienen la indicación numérica de la tabla en que se encontraban algunas materias, lo cual unido al antes mencionado comentario de Gayo a la ley decenviral, permitió la reconstrucción del orden de materias. Entre los más importantes de estos intentos cabe destacar los de Dionisio Godofredo,¹⁴⁶ Dirksen,¹⁴⁷ Schoell,¹⁴⁸ Voigt¹⁴⁹ y, finalmente, Bruns¹⁵⁰ y Riccobono,¹⁵¹ texto que seguiremos aquí nosotros al analizar el contenido de la Ley, que se presenta integrado por un conjunto de preceptos, fundamentalmente relativos al *ius civile* mediante los que se regula parcialmente el derecho primitivo, recogiendo los *mores maiorum* e introduciendo algunas innovaciones. Su estilo se caracteriza por la sobriedad de expresión, con frecuentes elisiones verbales y uso del imperativo, lo cual había de tener influencia en el modo de redacción de las leyes posteriores y en los dictámenes de los juristas.

Las Leyes de las XII Tablas tienen la forma de mandatos y prohibiciones breves, a veces hasta el punto de resultar oscuras. Se refieren a la comparecencia antes el tribunal y a la ejecución, al derecho de familia, de testamentos, sucesión, propiedad, contratos y delitos, como las clasificarían los juristas modernos. Otras tratan de cuestiones de derecho sagradas, derecho público y derecho penal, para adoptar de nuevo un sistema moderno de clasificación. Algunas regulan la conducta de los ciudadanos, tales como varias leyes que prohíben, a la manera típica de los antiguos estados-ciudad, la ostentación de lujo excesivo en los funerales. Las XII Tablas reflejan la vida de una primitiva sociedad agrícola que creía en la hechicería (*malum carmen incantare*) y tenía un concepto rígido y a menudo severo de la responsabilidad. Sin embargo, aun cuando arcaico en forma y contenido, el derecho decenviral había avanzado

¹⁴⁶ Godofredo (1622). *Corpus Iuris Civilis Romanum in quo institutions*. Geneve.

¹⁴⁷ Dirksen, Heinrich (1824). *Versuche Zur Kritik und Auslegung der Quellen des Römischen Rechts*. Leipzig: J.C. Hinrichs.

¹⁴⁸ Schoell, R. (1866). *Legis duodecim tabularum reliquae*. Leipzig: B. G. Teubner.

¹⁴⁹ Voigt, M. (1866). *Die Zwölf Tafeln*. Aalen.

¹⁵⁰ Burns, C (1909). *Fontes Iuris Romani Antiqui*. Tomo I. 7ª edición. Tübingen: In Libreria I.C.B. Morí, pág. 15 y ss.

¹⁵¹ Riccobono, Salvator (1941). *Fontes Iuris Romani Anteiusiniani*. Tomo I. 2ª edición. Firenze: Leges, pág. 21 y ss.

considerablemente más allá de la etapa más primitiva. Muestra alguna evolución en la técnica jurídica. La fuerza privada no controlada se reprimía y reemplazaba por formas regulares de procedimiento; la venganza privada estaba limitada en algunos casos por el principio de la represalia y, en otros casos, la pena pública o la composición privada habían ocupado su lugar. Aparece la facultad de hacer distinciones más sutiles en el diferente trato previsto para el homicidio voluntario y casual.

IV. 4. Pervivencia a través de la interpretatio

La *interpretatio iuris*, reconocida como una fuente oficial del *ius civile*, se remonta a épocas muy tempranas y debe de haber comenzado pronto después de la promulgación de las XII Tablas. Pretendía sacar provecho del derecho llevándolo a consecuencias no afrontadas por los decenviros y realmente ajenas a sus intenciones, pero que podían deducirse de las palabras. Esto se llevó a cabo de diversos modos. El formalismo arcaico excluía todo cambio en la letra del derecho o de las formas de acción judicial proporcionadas por él. Pero la significación de las palabras que se encuentran en las fórmulas jurídicas podía extenderse más allá de su sentido literal. El jurista Gayo (siglo II d. C.) refiere el siguiente caso que se supone haber ocurrido en los primeros tiempos.¹⁵² Un hombre perdió el pleito porque había explicado el daño cometido por el acusado tal como era –o sea, como un corte de sus viñas (del demandante)– en tanto que las XII Tablas se ocupaban tan solo del corte de “árboles” como causa de acción. Sin embargo, podía haber ganado la causa si hubiese usado la fórmula correcta suministrada por la ley, puesto que la palabra “árbol” podía sobreentenderse que comprendía viñas.

Otro método –quizás el más arcaico, pero también el más ingenioso– era el de servirse directamente de normas de derecho, entendidas en un sentido muy formalista y literal, para producir efectos ajenos a su fin original. Fue este método el que enriqueció el derecho romano sin necesidad de recurrir a la legislación. Como ejemplo, puede mencionarse la invención de un modo de enajenar a su hijo de la patria potestad, posibilidad no proporcionada por el derecho. Este se efectuaba mediante un uso habilidoso de la norma de las XII

¹⁵² Gai, *Inst.* 4, 11.

Tablas, según la cual terminaba automáticamente la *patria potestas* sobre el hijo que el padre había vendido por tercera vez. El padre enajenaba al hijo tres veces como mera formalidad y por un precio ficticio. El adquirente manumitía dos veces al hijo que, de este modo, se reintegraba a su antigua condición de *filius familias*. Sin embargo, después de la tercera enajenación y manumisión el hijo ya no volvía a caer bajo la *patria potestas* del padre.

Durante un milenio, las XII Tablas continuaron siendo el único intento hecho por los romanos de una codificación completa de sus leyes, pues el Edicto del pretor, aun en su forma final y semejante a una ley, no era una verdadera codificación del derecho sino solamente una exposición de las formas y condiciones de recursos judiciales. Y durante un milenio este primer intento, que inauguró la historia documentada del derecho romano, fue considerado por los romanos como la base de todo su orden social, sin tener en cuenta el hecho de que la mayoría de sus normas perdieron la importancia práctica. No fue hasta el tiempo de Justiniano en el siglo VI d. C. cuando se hizo otro intento próspero de codificación –en esta época de un carácter enteramente diferente– y esta segunda codificación señaló el final de la historia del derecho romano, en cuanto derecho del Estado romano.

La prodigalidad de Roma al Código Civil y Comercial de la Nación¹⁵³

Por Mirta Beatriz Álvarez¹⁵⁴

I. Introducción. Resumen

El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación denominado “Una mirada romanista a la parte general del Código Civil y Comercial de la Nación”. Se analizará la situación del pródigo en el derecho romano y la protección del patrimonio familiar. A continuación, mencionaremos la posición de Vélez sobre el tema, la de los Códigos de la Edad Moderna hasta llegar al régimen establecido por la Ley 17.711 en el artículo 152 bis. Finalmente, nos dedicaremos a analizar lo que dispone el Código Civil y Comercial de la Nación sobre la materia.

Palabras clave: Derecho Romano; prodigalidad; Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁵³ El trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Una mirada romanista a la parte general del Código Civil y Comercial de la Nación” que la autora dirige en la UFLO Universidad.

¹⁵⁴ Profesora Titular de Derecho Romano en las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de UFLO Universidad. Investigadora categorizada.

II. El prodigio en el derecho romano

El pródigo —conforme Ulpiano D. 27, 10, 1, pr.— es “un hombre que no tiene tiempo ni fin para los gastos, pero que consume sus bienes destrozándolos o disipándolos”. La difícil y fundamental cuestión de las circunstancias en que una persona puede ser considerada *prodigus* no fue tratada por los juristas clásicos. Para ellos, esta era una *quaestio facti* que estaba al margen de lo que constituía el objeto habitual de su estudio.¹⁵⁵

La *cura prodigi* se remonta, para alguna aplicación, hasta las XII Tablas. Consideraba pródigos a los que disipaban sus bienes procedentes de la sucesión *ab-intestato* del padre o del abuelo paterno (Paulo, S, 3, 5, 9, Ulpiano, D. 12, 2, 3, y D. 27, 10, 1 pr.). Establecía entonces, que ese ciudadano, que tuviera hijos, si dilapidaba los bienes heredados, tenía que perder su disponibilidad, atribuyendo la administración de tales bienes a los agnados, o, a falta de ellos, a los gentiles.¹⁵⁶

El tránsito de los bienes paternos o heredados del abuelo a la administración del curador, se cumplía mediante una solemne *interdictio* (condición previa) pronunciada por el magistrado iusdicente (originariamente el cónsul, luego el pretor y el gobernador de provincia), de la cual nos ha llegado la fórmula “*Quando tibi bona paterna abitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem ego tibi ea re (o aere?) commercioque interdicto*”¹⁵⁷ (Paulo, Sentencias, 3, 5, 9). Era como un depósito que debía quedar en la familia civil.

¹⁵⁵ Schulz, Fritz (1960). *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, pág. 191.

¹⁵⁶ Pugliese, Giovanni (1991). *Istituzioni di Diritto Romano*. Torino: Giappichelli, pág. 114 afirma: “Secondo il cit. Ulp. D. 27, 10, 1, pr., la norma sarebbe già stata introdotta dai ‘mores’...”.

¹⁵⁷ Paulo (1994). *Sentencias*. Traducción de Santos A. Caminos. Tucumán: Editorial de la Universidad Nacional de Tucumán, p. 70. Su traducción: “Puesto que tu despilfarraste los bienes paternos o de tus ancestros con tu indolencia y llevas a tus hijos a la menesterosidad por esta causa, yo dicto un interdicto contra ti sobre este patrimonio y comercio”; Id. versión castellana, pág. 70.

¹⁵⁸ Pugliese, G., *Istituzioni...* cit, pág. 418: “L’evoluzione della cura del *prodigus* fu nel senso di estendere la portata dell’*interdictio* pronunciata dal pretore, prima a tutti i beni che egli avesse ereditato dal padre o dagli ascendenti paterni anche per testamento, poi forse anche ai beni estranei all’eredità paterna o avita...”.

Después, la primitiva figura se fue ensanchando, y se admitió que la interdicción se pronunciase también, para los bienes adquiridos de otra manera¹⁵⁸ y contra el derrochador que no tuviese hijos.¹⁵⁹ Así, el fundamento de la prodigalidad antigua (intereses de los herederos) se conjuga ahora con el resguardo de las *mores* (Ulpiano, D. 26, 5, 12, 1 y Paulo 3, 4^a 7). Las viejas virtudes de la *gravitas* y de la *austeritas* parecen aquí estar defendidas frente al atentado de la dilapidación.¹⁶⁰

Se admitió la confirmación del curador testamentario y en su ausencia, el magistrado designaba un curador dativo, por lo que la *cura prodigi* pudo ser, como la del *furiosus*, dativa o testamentaria. Es decir, que esta institución se concedió finalmente no solo en beneficio de la familia, sino del propio pródigo y de la sociedad en general.¹⁶¹

La curatela se abre por decreto del magistrado que pronuncia su interdicción. La prodigalidad, en efecto, no es una causa natural de incapacidad como la locura. La medida de la incapacidad se determina para todos los actos susceptibles de poder disminuir el patrimonio, arrastrándole a la ruina.

El *prodigus* era incapaz de enajenar sus bienes. Le estaba prohibido igualmente otorgar testamento y celebrar un contrato del que derivasen obligaciones para él, y no podía realizar estos actos ni siquiera con el consentimiento del *curator*, ya que no hubo nunca una *interpositio auctoritatis curatoris*.¹⁶²

Luego, la incapacidad de pródigo se fue atenuando. Así en el derecho clásico, se le permitieron los actos que podían mejorar su situación patrimonial (Ulpiano, D. 45, 1, 6). Pudieron entonces aceptar una herencia (Ulpiano, D. 29,

¹⁵⁹ Arangio Ruiz, Vicente (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción al español de la 10^o edición italiana por J. M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Editorial Desalma, pág. 569

¹⁶⁰ Di Pietro, Alfredo (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Editorial Depalma, pág. 341.

¹⁶¹ Resulta interesante lo establecido en *Institutas de Justiniano*, 1, 8, 2 que se refiere a la muerte o castigo excesivo de un esclavo propio: "Conviene a la República que nadie use mal de sus bienes."

¹⁶² Schulz, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., pág. 191; Talamanca, Mario (1990). *Istituzioni di Diritto Romano*. Milán: Editorial Giuffrè, pág. 172, en el mismo sentido, afirma: "...la sua situazione veniva, dunque, a coincidere, più o meno completamente, con quella dell'impubere *infantia maior*; e in più, egli era pienamente capace dal punto di vista del diritto penale, pubblico e privato. Probabilmente il *curator prodigi* amministrava il patrimonio dell'interdetto, sempre con gli effetti dell'interposizione gestoria."

2, 5, 1) cuando han sido instituidos herederos, pero no testar (ni siquiera con el consentimiento del curador).¹⁶³

Esta curatela cesa con el levantamiento de ella por el magistrado, aunque Ulpiano (D. 27, 10, 1 *in fine*) afirma que también terminaría en el momento que el pródigo se enmendara sin necesidad de decreto (texto que podría ser interpolado).

Tanto el *curator furiosi* como el *curator prodigi* permanecen en el cargo mientras subsistan las particulares condiciones por las cuales se los nombró (Ulpiano, D. 27, 10, 1, pr.).

La misión del curador del pródigo se limita a administrar, y siendo necesario para el incapacitado cumplir los actos prohibidos, es solo el curador quien debe obrar, resultando una obligación para él rendir cuenta de su gestión a la terminación de su cargo.

Es una curatela de asistencia, es una función y no una mera facultad, y por ello el curador debe prestar su asistencia en todos los casos en que le sea requerido, expresando y justificando su decisión, ya sea positiva o negativa.

III. El Código de Vélez

Vélez Sarsfield, en la nota al artículo 54, decía que

en el número de los incapaces no se incluye a los pródigos porque esa calidad no podría sujetarse a juicio ni traer una interdicción. Ya el Código de Luisiana abolió en el artículo 413 la incapacidad de los pródigos o disipadores. Las razones de esta solución son: que la prodigalidad no altera las facultades intelectuales; que la libertad individual no debe ser restringida, sino en los casos de interés público, inmediato y evidente; que en la diferente manera de hacer gastos inútiles que concluyan una fortuna, no hay medio para distinguir con certeza el pródigo del que no lo es, en el estado de nuestras costumbres, y todo sería arbitrario en los jueces, poniendo en interdicción a algunos, mientras quedaran innumerables disipadores; que debe cesarse la tutela de los poderes públicos sobre las acciones de los particulares, y ya

¹⁶³ Volterra, Eduardo (1974). *Istituzioni di Diritto Privato Romano*. Roma: Civitas Ediciones, pág. 113, afirma: "...ma non poteva fare testamento: nell'antico diritto, in quanto gli era vietato di parlare in pubblico, nell'antico diritto classico per il divieto del *commercium*".

que no es posible poner un *maximum* a cada hombre en sus gastos, el que se llamase pródigo habría sólo usado o abusado de su propiedad, sin quebrantar ley alguna.

Nuta considera que la principal fuente de Vélez Sarsfield se halla plasmada en la postura sobre el particular de Freitas en su Esboço, en el cual también repudió dicha incapacidad. Freitas, con argumentaciones análogas a las que luego dio Vélez Sarsfield, había establecido que en la prodigalidad no hay alteración de facultades mentales, que la restricción de la libertad solo se concibe en casos de eminente necesidad, que es difícil establecer un criterio que distinga al pródigo del que no lo es y que el arbitrio sería grave y peligroso.¹⁶⁴

El proyecto de García Goyena,¹⁶⁵ en su artículo 279, considera incapaces de administrar sus bienes a los pródigos. Hace referencia al Código francés que no admite la absoluta interdicción del pródigo, sino que puede prohibírsele que litigue, transija, tome prestado, reciba un capital mueble y dé descargo de él, enajene o hipoteque sus bienes sin la asistencia de un consultor.

Admiten la interdicción –continúa García Goyena– el Código sardo, el holandés, el de Vaud, el austríaco y el bávaro. El de Luisiana se separa de todos y sostiene en el artículo 413: “La interdicción no puede tener lugar por causa de disipación o prodigalidad”.

García Goyena manifiesta que los pródigos fueron comparados entre los romanos a los furiosos (Ulpiano, D. 26, 5, 12, 2) y afirma: “loco es quien disipa locamente lo suyo” (Ulpiano, D. 27, 10, 1). Y concluye sosteniendo que “el Estado tiene interés en la conservación de las familias, y que no puede admitirse que el derecho de propiedad sea para un ciudadano, el derecho de arruinar la suya”.

IV. El derecho moderno. La inhabilitación

El régimen de inhabilitación o de semicapacidad es el medio técnico escogido por el derecho contemporáneo para suplir las deficiencias psíquicas que

¹⁶⁴ Nuta, Ana (1980). *Régimen Jurídico de los Pródigos*. La Plata: Ediciones de la Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁶⁵ García Goyena, Florencio (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Tomo I Madrid: Imprenta de la Sociedad del Tipógrafo, pág. 268 y ss.

adolecen ciertas personas médicamente normales, cuando esos defectos pueden traducirse en perjuicios patrimoniales para el sujeto y, consiguientemente, para su familia. Constituye la idea de asistencia solo en aspectos determinados.

El inhabilitado no es un incapaz. Conserva su capacidad para todos los actos de la vida civil que no sean exceptuados. Ello se deduce, porque no estaban incluidos en lo que disponía el artículo 54 del Código Civil argentino.

Ya en el anteproyecto de 1954, en el artículo 94, se disponían las causales de inhabilitación: 1) “Los que por prodigalidad, embriaguez habitual, uso de estupefacientes o grave desarreglo de conducta expusieran a su familia a caer en la indigencia”; 2) “Los sordomudos y los ciegos que no hubieren recibido una educación suficiente y los enfermos o débiles mentales que el juez estime aptos para dirigir sus acciones en la vida ordinaria si del ejercicio de su plena capacidad pudiese resultarles presumiblemente algún daño”.

En el derecho moderno se advierten tres posiciones acerca del tratamiento del pródigo:

- 1) La tesis Individualista, que ignora la prodigalidad como factor de influencia sobre la capacidad de las personas.
- 2) La teoría de la Interdicción, que considera al pródigo como un insano y lo somete al mismo régimen de incapacidad (esta tendencia sigue el rumbo del derecho romano).
- 3) La teoría de la Inhabilitación, que considera al pródigo capaz, salvo respecto de ciertos actos determinados.

La teoría de la Inhabilitación fue receptada por la Ley 17.711 en su artículo 152 bis que incorporó al Código Civil, e importó un notorio progreso con respecto a la situación precedente, si bien omitió proteger a los sordomudos y ciegos, que estaban contemplados en varios antecedentes. El citado artículo enunciaba lo siguiente:

Podrán inhabilitarse judicialmente:

- 1) A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.
- 2) A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el Juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar daño a su persona o patrimonio.
- 3) A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de

sus bienes, expusiesen a su familia a la pérdida de su patrimonio. Solo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviese cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiese dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación solo corresponderá al cónyuge, ascendientes o descendientes.

Se nombrará curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador, los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.

Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

IV. 1. Requisitos para ser inhabilitado por prodigalidad

Son los siguientes:

- a)** Que el pródigo hubiera dilapidado una parte importante de su patrimonio (art. 152 bis, inc. 3º). La cuestión entonces fue juzgar cuánto era abusivo o irrazonable, y se tasó la disipación de bienes en una tercera parte del total.
- b)** Que el pródigo tuviera cónyuge, ascendientes o descendientes (art. 152 bis, inc 3º). Nuestra doctrina se apoya en la tendencia que admite la prodigalidad en defensa de la familia y no del mismo pródigo.

A los fines de la declaración de inhabilitación de una persona por prodigalidad, no bastaba con la realización por parte de esta de un acto inapropiado, sino que se requería que llevara a cabo una dilapidación importante con gastos injustificados, en un conjunto de actos que expongan a la familia a la pérdida de su patrimonio.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E (CNCiv)(SalaE) Fecha: 01/07/2010 Partes: M. de R. G., C. M. Publicado en: DFyP 2011 (marzo), 293, con nota de Ignacio González Magaña; Cita Online: AR/JUR/41331/2010, donde se ha sostenido: “El juicio analítico de la noción de prodigalidad respalda esta posición como principio ya que se puede ser pródigo o malgastador en un acto –que es lo que indirectamente sostiene la apelante– pero

Vale decir que no era suficiente para la inhabilitación, la realización de un solo acto, sino una reiteración de la actitud dilapidadora, esto es, la existencia de una cierta “habitualidad”.

En el fallo en que se resolvió que para la inhabilitación por prodigalidad no es suficiente un acto inapropiado, se cita la frase del profesor Ghirardi: “Al pródigo se lo protege porque gasta, no porque sea psíquicamente anormal. Lo realmente combatido por la norma no es la falta de salud mental, sino los resultados perniciosos que ella produce o puede producir.”¹⁶⁷

La concepción objetiva sostenida por la doctrina argentina, basada en que se trataba de un problema patrimonial que exigía un examen estrictamente objetivo de la conducta del presunto pródigo, se contraponen con la idea que sobre el punto había expresado la jurisprudencia francesa, que hacía hincapié en la circunstancia de que, para configurar la prodigalidad, debía estar presente un elemento subjetivo consistente en la irracionalidad de los gastos, y sobre esta base encuadraba a la prodigalidad como una suerte de disminución de facultades.

En consecuencia, entendemos que, para encuadrar a una persona dentro del concepto jurídico de pródigo bajo el régimen derogado, debían darse los siguientes requisitos: a) la existencia de un núcleo familiar compuesto por cónyuge, ascendientes o descendientes; b) la conducta dilapidatoria; c) la habitualidad de dicha conducta; y d) la pérdida de parte importante del patrimonio.¹⁶⁸

En síntesis, podemos afirmar que el criterio adoptado por el Código Civil derogado podía ser objetable. Ello es materia opinable, pero lo que no puede discutirse, ni desconocerse, es que en la hipótesis allí prevista no se protegía el mismo interés jurídico que en las restantes situaciones previstas por artículo 152 bis derogado, sino que la tutela de la ley se limitaba a los supuestos en que el actuar del sujeto hacía peligrar la estabilidad económica de la familia, porque ya había dilapidado gravemente su patrimonio.¹⁶⁹

la prodigalidad se predica realmente de quien repite estas acciones. Es hábito o disposición de bienes económicos y en tanto tal repetición –y no único acto– y por consiguiente vicio median- te el cual el pródigo dilapida su hacienda y se arruina a sí mismo.”

¹⁶⁷ Ghirardi, Juan Carlos (1980). *La inhabilitación judicial*. Buenos Aires: Editorial Astrea, pág. 182.

¹⁶⁸ González Magaña, Ignacio. *La prodigalidad como mecanismo para restringir la capacidad de las personas*. Publicado en: SJA 17/02/2016, 17/02/2016, 1; JA 2016-I.

¹⁶⁹ *Ibid.*

IV. 2. Efectos

El artículo 152 bis no definía cuál era la condición básica del inhabilitado; si era de capacidad o incapacidad. En verdad, los párrafos finales debieron refundirse en uno solo que pudo decir: “sin la conformidad del curador, los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos ni otorgar por sí solos los actos de administración que les prohibiera la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

El curador asistía al inhabilitado integrando con su conformidad, la manifestación de voluntad del propio inhabilitado. En casos excepcionales, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 914 y 918 del Código Civil, podía admitirse una expresión tácita de la voluntad del curador.

Es de hacer notar que la incapacidad del pródigo solo existía para los actos de disposición de contenido patrimonial que se efectuaren entre vivos. Por consiguiente, no se extendía a la órbita del derecho de familia, ni alteraba la capacidad para disponer por testamento. También el pródigo conservaba capacidad para promover acciones personalísimas (divorcio, filiación, etc.), para aceptar donaciones; tampoco es dudosa la aptitud para efectuar actos conservatorios. Sin la conformidad del curador, los inhabilitados no podían aceptar herencias.

No se previó lo que habría de ocurrir si el curador se negara a dar su consentimiento, pero se autorizó a solicitar la correspondiente autorización judicial. Si el inhabilitado otorgare un acto prohibido sin la conformidad necesaria del curador, el acto habría de entenderse nulo (artículo 1042 del CC) de nulidad relativa, ya que podría ser confirmado, porque la invalidez se instituye para asegurar la protección del inhabilitado y no para sancionarlo (artículos 1048 y 1049 del CC).

La sentencia de inhabilitación era constitutiva de estado. Por consiguiente, los actos anteriores a la sentencia eran válidos.

IV. 3. Inscripción

Aunque no se preveía la inscripción de la sentencia de inhabilitación en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, correspondería proceder a ella, ya que solo a partir de ella la inhabilitación es oponible a terceros.

IV. 4. Rehabilitación

En el caso del pródigo, la rehabilitación solo procedería: a) si fallecieran todos los parientes en protección de los cuales se había dictado la inhabilitación; b) si todos los parientes la pidieran; y c) también podría decretarse si se demostrara que el entorno social que lo inducía a la prodigalidad, cambió.

V. El pródigo en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial de la Nación se aparta de la solución pretendida por el proyecto de 1998,¹⁷⁰ según el cual se planeaba la eliminación de la figura del pródigo. En el nuevo Código, vigente desde el 1º de agosto de 2015, la inhabilitación ha quedado circunscripta, únicamente, a los casos de prodigalidad.

En efecto, en el Código Civil y Comercial se conserva la inhabilitación por prodigalidad, aclarándose en los Fundamentos que se lo hace “...apuntando especialmente a la protección del interés patrimonial familiar”. Ello queda plasmado en el artículo 48 del nuevo cuerpo legal, según el cual “pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio...”.

A diferencia de los supuestos de incapacidad o capacidad restringida (artículo 32), en donde lo que se pretende es proteger a la propia persona –a quien, incluso, allí se le confiere legitimación para iniciar la acción–, en el caso de inhabilitación por prodigalidad, lo que se busca con la limitación al ejercicio de la capacidad jurídica, es tutelar el patrimonio familiar.

El fundamento de la inhabilitación del pródigo es la protección del patrimonio

¹⁷⁰ “El Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 –que como sabemos fue redactado por un grupo de los juristas argentinos contemporáneos más distinguidos y es una fuente muy importante del nuevo Código– mantuvo la categoría de los inhabilitados pero no incluyó a los pródigos en ella (artículos 42 a 44);” Chanfreau, Gabriela, Hess, Esteban, Izuzquiza, María Laura y Louge Emiliozzi, Esteban (2016). *Algunas reflexiones acerca de la inhabilitación por prodigalidad en el Código Civil y Comercial*. Publicado en: SJA 03/08/2016, 03/08/2016, 1 - Cita Online: AR/DOC/5579/2016.

en función de los intereses de sus familiares directos, por cuestiones vinculadas a la efectiva posibilidad del cumplimiento de obligaciones alimentarias, a la eficacia de los regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones convivenciales, y al resguardo de la legítima.¹⁷¹

Para que la inhabilitación proceda, debe haber: personas protegidas –cónyuge, conviviente, o hijos menores de edad o con discapacidad (antes se hacía referencia a la familia, y la acción solo procedía en caso de haber cónyuge, ascendientes o descendientes)–, prodigalidad en la gestión de los bienes –entendida en el sentido de dilapidar o malgastar los bienes (antes se hacía referencia a la prodigalidad en los actos de administración y disposición)– y exposición a la pérdida del patrimonio (anteriormente se requería, además, que la persona ya hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio).¹⁷²

El Código Civil y Comercial permite la declaración de prodigalidad por la sola exposición –o riesgo– a la pérdida de una parte importante de los bienes que componen el patrimonio, sin que sea necesario que ello se haya consumado; razonabilidad que se expresa en darle utilidad al instituto, ya que de poco serviría –conforme lo establecía el régimen derogado– declarar pródigo a un sujeto una vez que dilapidó la mayor parte de su patrimonio, pues, una vez dilapidado, ya no existirían, prácticamente, bienes que proteger.¹⁷³

La existencia de un determinado grupo familiar es fundamento suficiente para mantener el instituto de la inhabilitación por prodigalidad, ya que la dilapidación del patrimonio por parte del pródigo podría comprometer derechos constitucionales de sus familiares –v. gr., a su sustento–, además de provocar un “verdadero desastre familiar”.

Sería una ficción pensar que la protección solo redunde en beneficio del grupo familiar del pródigo. Esta idea está de algún modo plasmada en los Fundamentos del nuevo Código, donde se explica que se ha mantenido esta figura apuntando “especialmente” a la protección del interés patrimonial familiar, expresión que parece denotar que el legislador no pasó por alto que

¹⁷¹ Muñiz, Carlos (2014). *La capacidad civil y la problemática de los adultos mayores. El constante dilema entre autonomía y protección, a la luz de la Ley de Salud Mental*, EDFA, 51/-5, 2014.

¹⁷² Comentario Infojus del Art. 48 del C.C.C.N .Universoius.com 15/7/2019.

¹⁷³ González Magaña, Ignacio (2106). *La prodigalidad como mecanismo para restringir la capacidad de las personas* Publicado en: SJA 17/02/2016, 17/02/2016, 1, JA 2016-I.

el pródigo es un beneficiario indirecto de esta tutela, ya que de lo contrario podría haber utilizado la expresión “exclusivamente” u otra similar.¹⁷⁴

El artículo 48 del Código Civil y Comercial innova en este aspecto con relación al artículo 152 bis del derogado, ya que amplía el anterior régimen al incluir al conviviente, pero en el caso de los descendientes los circunscribe a los hijos menores de edad o discapacitados, y excluye a los ascendientes, a los hijos mayores de edad no discapacitados y a otros descendientes.

Inferimos que esta “reducción” del grupo familiar protegido obedece a las mismas razones antes apuntadas, es decir, a la decisión de privilegiar la autonomía individual. Y una vez más estimamos que la decisión legislativa es adecuada, ya que los sujetos protegidos por la norma son quienes habitualmente conviven o dependen económicamente del pródigo y, por tanto, corren un riesgo cierto, concreto e inminente de ver comprometido su sustento.

En el Código Civil y Comercial, el núcleo familiar protegido está conformado por el cónyuge, el conviviente y los hijos menores o con discapacidad, pero los sujetos legitimados abarcan también a los ascendientes y a los descendientes sin distinción (artículo 48). De modo que en el nuevo régimen se presenta una situación que no deja de ser curiosa, ya que el círculo de legitimados para solicitar la inhabilitación por prodigalidad es más amplio que el círculo de personas que la ley busca proteger.

Por último, aunque la norma no lo aclare, es perfectamente posible que sea el propio pródigo quien solicite su inhabilitación, no solo por una aplicación analógica del artículo 33, inc. a), sino también –y fundamentalmente– porque sería contrario al principio humanista que inspira al nuevo Código (artículos 1º, 51 y cons.) que se niegue protección a quien la solicita para sí mismo.

Entendemos que si es el propio pródigo quien pide su inhabilitación deja de ser exigible el presupuesto de la existencia de un determinado grupo familiar, pues en tal caso es él mismo quien está consintiendo que se limite su autonomía personal, pero en protección de su patrimonio y en miras a evitar el quebranto al que su falta de control conduciría.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Chanfreau, Gabriela, Hess, Esteban, Izuzquiza, María Laura y Louge Emiliozzi, Esteban (2016). *Algunas reflexiones acerca de la inhabilitación por prodigalidad en el Código Civil y Comercial*. Publicado en: SJA 03/08/2016, 03/08/2016, 1 - Cita Online: AR/DOC/5579/2016.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*

Los lineamientos de la inhabilitación, en cierto modo, han sido concebidos injustificadamente de manera más rígida que los demás supuestos de restricción a la capacidad de ejercicio, en tanto y en cuanto las facultades judiciales se presentan más limitadas “(en razón de que el amplio criterio que otorgan al juez los artículos 32, 37 y 38 de la nueva normativa, se restringe en el caso de los inhabilitados por prodigalidad, atento a que necesariamente no puede prescindir ‘de la designación de un apoyo, que debe asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos’ –de acuerdo con el artículo 49 del nuevo Código Civil–)...”.¹⁷⁷

La inclusión de los pródigos como inhabilitados, diferenciados, en consecuencia, de quienes pueden ver restringida su capacidad por adiciones o alteraciones mentales (artículo 32), podría brindar una solución al caso de ludópatas o jugadores compulsivos, a los compradores desordenados y/o a quienes tienen tendencias a sobreendeudarse más allá de sus posibilidades. La presencia de estos fenómenos ha ido en aumento en los últimos años (por diversos motivos), y es lo que justifica la conveniencia de mantener la figura del pródigo en nuestra legislación.

La inhabilitación puede dar respuesta a la situación del sobreendeudamiento de los consumidores, entendiendo por tal la existencia de un conjunto de deudas exigibles que exceden las posibilidades económicas de pago del consumidor.¹⁷⁸

V. 1. Las medidas de apoyo (artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)

Es de destacar que ni siquiera para el inhabilitado por prodigalidad, con quien podemos encontrar algún parangón en orden al alcance de la limitación

¹⁷⁷ Peyrano, Guillermo (2015). La capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Personas que pueden ser sometidas a restricciones de su capacidad de ejercicio, ED, 262-675, 2015.

¹⁷⁸ Chanfreau, Gabriela, Hess, Esteban, Izuzquiza, María Laura y Louge Emiliozzi, Esteban (2016). Algunas reflexiones acerca de la inhabilitación por prodigalidad en el Código Civil y Comercial. Publicado en: SJA 03/08/2016, 03/08/2016, 1 - Cita Online: AR/DOC/5579/2016.

patrimonial, se prevé la figura del curador, sino que se le designa un “apoyo”, es decir, un asistente, no un reemplazante.¹⁷⁹

El apoyo debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe decidir por ellas.¹⁸⁰ No se coloca por sobre o encima de la persona, sino que la acompaña para que esta pueda ejercer sus derechos, actuando a lo largo de todo el proceso de la toma de decisión y no solo en las fases propias de celebración de un acto jurídico en particular.¹⁸¹

La curatela supone un presupuesto intrínseco que es la posibilidad de riesgo, sitúa a la persona como sujeto pasivo, otro decide por él.¹⁸² En cambio, el sistema de apoyo sitúa a la persona como sujeto activo, promoviendo la autonomía para aquellos actos, toma de decisiones o actividades que puede realizar por sí mismo.¹⁸³

¹⁷⁹ Giavarino, Magdalena (2018). Cuando la letra de la ley nos supera: ¿qué hacemos con la curatela del art. 12 del Código Penal? Publicado en: DFyP 2018 (diciembre), 19/12/2018, 176 Cita Online: AR/DOC/1375/2018.

¹⁸⁰ Bueres, Alberto (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. Buenos Aires: Hammurabi, pág. 97, afirma: “La designación de un apoyo, en lugar de un curador, con la ductilidad que entraña esta figura, permite imaginar distintas medidas para que, sin dejar de proteger el patrimonio familiar, se procure que la persona pueda recuperar su aptitud para gestionar adecuadamente sus bienes”.

¹⁸¹ Epeloa, Leandro (2018). *La participación de la persona en el proceso de determinación de la capacidad jurídica* Publicado en: RCCyC 2018 (diciembre), 07/12/2018, 10 Cita Online: AR/DOC/2395/2018.

¹⁸² Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo 1. Buenos Aires: Infojus, pág. 115, en el mismo sentido afirman: “La figura de apoyo no es el anterior curador asistente del declarado inhábil. La actuación del curador, sea sustitutivo o de asistencia, se focaliza en el momento de realización de los actos jurídicos, subrogando o, en el mejor de los casos, coparticipando con la persona en la celebración del acto. El apoyo atiende a instancias previas, tiene como fin que la persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informarla, colaborar a su comprensión, razonamiento; incluso, si la persona logró formar decisión razonada, el apoyo podría no ser presente en dicho momento de celebración del acto”.

¹⁸³ Mendoza, E. (2018). *Capacidad de la persona* Publicado en: RDF 2018-IV, 08/08/2018, 220 Cita Online: AR/DOC/3255/2018.

“El objetivo principal del apoyo es el ‘facilitar’ a la persona la ‘toma de decisiones’. Con lo cual resulta evidente que el objetivo del apoyo no es decidir ‘por’ la persona, sino facilitarle la toma de sus propias decisiones. Y así surge una de sus características principales, esto es, el apoyo no desplaza o sustituye a la persona, sino que se sitúa a su lado, procurando que sea esta quien en última instancia decida”.¹⁸⁴

En un fallo de la Cámara Civil de la Capital Federal se ha sostenido que: “En los casos de inhabilitación, el apoyo debe asistir a la persona en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia, de conformidad con el artículo 43 del Código Civil y Comercial de la Nación”.¹⁸⁵

V. 2. Responsabilidad

Debe entenderse que los curadores solo responden ante quienes no tengan capacidad de discernir, lo que conlleva la necesidad de valorar que la persona insana no comprende la ilicitud o la criminalidad del acto. “Los demás incapaces o personas con capacidad restringida, como los pródigos (artículo 48), responden por sus actos en forma personal, pues la curatela (apoyo) del pródigo es al solo efecto de la protección del patrimonio. Lo mismo vale para los sordomudos que no saben darse a entender por escrito” (a pesar de que el vigente Código no mencione nada al respecto).¹⁸⁶

¹⁸⁴ C2^a Civ., Com., Minas, de Paz y Tributario Mendoza, 13-6-16, “B. P. V. s/medidas de apoyo y salvaguarda,” ED Digital [88632], 2016.

¹⁸⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J (CNCiv) (SalaJ) Fecha: 30/05/2017 Partes: L. B. A. B. s/ determinación de la capacidad. Publicado en: LA LEY 11/07/2017, 11/07/2017, 10 - LA LEY 2017-D, 190 - RCCyC 2017 (noviembre), 17/11/2017, 29 Cita Online: AR/JUR/26542/2017.

¹⁸⁶ González Freire, J. F. *El vigente tratamiento de la responsabilidad civil por el hecho de terceros. La responsabilidad de los padres, tutores, curadores y de los establecimientos según la ley 26.994*. El Dial.com, Biblioteca jurídica online.

VI. Conclusiones

- 1) En el derecho romano hay declaración de interdicción por prodigalidad (Pomponio, D. 50, 17, 40). En el derecho argentino hay inhabilitación por prodigalidad (artículo 48 del CCyC) y requiere pronunciamiento judicial.
- 2) En el caso del pródigo, el curador actúa con la *gestio* en el derecho romano. En cambio, en el derecho civil argentino, tratándose de un inhabilitado, el apoyo lo asiste en los actos de disposición, actuando como la *auctoritas* de la tutela romana.
- 3) En el derecho romano, el pródigo no puede testar, aunque sí puede aceptar una herencia (Ulpiano, D. 29, 2, 5, 1). En el derecho argentino, el pródigo puede testar, pues la inhabilitación es solo para actos de disposición inter vivos y de administración específicamente prohibidos en sentencia de interdicción, pero no podría aceptar herencias.
- 4) Se advierte entonces que sería coincidente la protección que se intenta dispensar desde el Código Civil y Comercial y los proyectos de leyes especiales, a quienes podemos incluir dentro de la categoría de los pródigos: ludópatas y consumidores sobreendeudados. A partir de esta protección, se logra amparar a la familia, como sociedad natural y básica del Estado.¹⁸⁷

Como sostiene González Magaña, citando textualmente a Juan Carlos Ghirardi: “Al pródigo se lo protege porque gasta en forma descontrolada sus bienes y no porque sea psíquicamente anormal. Lo realmente combatido por la norma no es la falta de salud mental, sino los resultados perniciosos que ella produce o puede producir”.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Chanfreau, Gabriela, Hess, Esteban, Izuzquiza, María Laura y Louge Emiliozzi, Esteban (2016). *Algunas reflexiones acerca de la inhabilitación por prodigalidad en el Código Civil y Comercial*. Publicado en: SJA 03/08/2016, 03/08/2016, 1 - Cita Online: AR/DOC/5579/2016.

¹⁸⁸ González Magaña, Ignacio (2106). *La prodigalidad como mecanismo para restringir la capacidad de las personas* Publicado en: SJA 17/02/2016, 17/02/2016, 1, JA 2016-I.

VII. Bibliografía

Arangio Ruiz, Vicente (1973). *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma.

Belluscio, Augusto (1991). *Manual de Derecho de familia*. 5° edición, Buenos Aires: Editorial Desalma.

Belluscio, Augusto y Zannoni, Eduardo (1984). *Código Civil Comentado*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Borda, Guillermo (1986). *Manual de Derecho Civil. Parte General*. 13° edición. Buenos Aires: Editorial Perrot.

Bueres, Alberto (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. Buenos Aires: Hammurabi.

Chanfreau, Gabriela, Hess, Esteban, Izuzquiza, María Laura y Louge Emiliozzi, Esteban (2016). *Algunas reflexiones acerca de la inhabilitación por prodigalidad en el Código Civil y Comercial*. Publicado en: SJA 03/08/2016, 03/08/2016, 1 - Cita Online: AR/DOC/5579/2016.

Di Pietro, Alfredo y Lapieza Elli, Ángel (1956). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Cooperativa de Derecho y Ciencias Sociales.

Di Pietro, Alfredo (1987). *Institutas de Gayo*. Texto traducido, notas e introducción. 3° edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Di Pietro, Alfredo (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Editorial Depalma.

Epeloa, Leandro (2018). *La participación de la persona en el proceso de determinación de la capacidad jurídica* Publicado en: RCCyC 2018 (diciembre), 07/12/2018, 10 Cita Online: AR/DOC/2395/2018.

García Garrido, Manuel (1990). *Diccionario de Jurisprudencia Romana*. Madrid: Dykinson.

García del Corral, Ildefonso (1992). *Cuerpo de Derecho Civil Romano*. Traducción. Valladolid: Editorial Lex Nova.

García Goyena, Florencio (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Tomo I Madrid: Imprenta de la Sociedad del Tipógrafo.

Ghirardi, Juan Carlos (1980). *La inhabilitación judicial*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Giavarino, Magdalena (2018). *Cuando la letra de la ley nos supera: ¿qué hacemos con la curatela del art. 12 del Código Penal?* Publicado en: DFyP 2018 (diciembre), 19/12/2018, 176 Cita Online: AR/DOC/1375/2018.

González Freire, J. F. *El vigente tratamiento de la responsabilidad civil por el hecho de terceros. La responsabilidad de los padres, tutores, curadores y de los establecimientos según la ley 26.994*. El Dial.com, Biblioteca jurídica online.

González Magaña, Ignacio (2106). *La prodigalidad como mecanismo para restringir la capacidad de las personas* Publicado en: SJA 17/02/2016, 17/02/2016, 1, JA 2016-I.

Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo 1. Buenos Aires: Infojus.

Iglesias, Juan (1958). *Derecho Romano*. Barcelona: Ediciones Ariel.

Llambías, J., *Tratado de derecho Civil, Parte General, Tomo I*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1973.

Mendoza, E. (2018). *Capacidad de la persona* Publicado en: RDF 2018-IV, 08/08/2018, 220 Cita Online: AR/DOC/3255/2018.

Muñiz, Carlos (2014). *La capacidad civil y la problemática de los adultos mayores. El constante dilema entre autonomía y protección, a la luz de la Ley de Salud Mental*, EDFA, 51/-5, 2014.

Nuta, Ana (1980). *Régimen Jurídico de los Pródigos*. La Plata: Ediciones de la Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

Peyrano, Guillermo (2015). *La capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Personas que pueden ser sometidas a restricciones de su capacidad de ejercicio*, ED, 262-675, 2015.

Paulo (1994). *Sentencias*. Traducción de Santos A. Caminos. Tucumán: Editorial de la Universidad Nacional de Tucumán.

Ponsa de la Vega de Miguens, Nina (1973). *Reglas de Ulpiano*. Buenos Aires: Ediciones Lerner.

Ponsa de la Vega de Miguens, Nina (1973). *Derecho de Familia en el Derecho Romano*. Buenos Aires: Ediciones Lerner.

Pugliese, Giovanni (1991). *Istituzioni di Diritto Romano*. Torino: Giappichelli.

Schulz, Fritz (1960). *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch Casa Editorial.

Talamanca, Mario (1990). *Istituzioni di Diritto Romano*. Milán: Editorial Giuffré.

Volterra, Eduardo (1974). *Istituzioni di Diritto Privato Romano*. Roma: Civitas Ediciones.

Los municipios. Su origen en el derecho romano y su recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina¹⁸⁹

Por Mariana Verónica Sconda¹⁹⁰

Palabras clave: *municipium*; persona jurídica; Código Civil y Comercial Argentino.

Sumario

I. Introducción; II. Origen, etimología y concepto de la palabra *municipium*; III. Surgimiento y evolución del municipio romano; IV. Funcionarios de los municipios romanos; V. El municipio como persona jurídica o ente de existencia

¹⁸⁹ Este trabajo se encuentra enmarcado dentro del proyecto de investigación denominado “Una mirada romanista a la parte general del Código Civil y Comercial de la Nación”, con sede en la Facultad de Derecho de UFLO Universidad - Argentina.

¹⁹⁰ Abogada. Profesora Adjunta Interina y JTP por concurso en la Cátedra de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Adjunta Regular en las Facultades de Derecho de UFLO Universidad y en la Universidad Católica de Salta. Investigadora categorizada UBA.

ideal.; VI. Los municipios en el pensamiento argentino durante el proceso constitucional de 1853: a) *Pensamiento de la década de 1850*, b) *Leyes dictadas luego de la Constitución Nacional de 1853*; VII. La personalidad jurídica de los municipios en el Código Civil de Vélez Sarsfield; VIII. Los municipios en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; IX. Conclusiones; X. Bibliografía

I. Introducción

Este trabajo plantea como objeto de investigación analizar la personalidad jurídica de los municipios, su origen en el derecho romano, su evolución y posterior recepción en la legislación argentina.

Si bien en algunos momentos de la historia a los municipios no se les reconoció de forma expresa la personalidad jurídica, siempre han poseído una serie de derechos y obligaciones que en definitiva, demuestran su vida como un ente jurídico independiente de la personalidad de sus habitantes.

II. Origen, etimología y concepto de la palabra *municipium*

La noción de *municipium* que se encuentra en las fuentes romanas es una de las más oscuras. Es probable que *municipes* (*municeps* en singular) sea un término anterior históricamente a *municipium*; en primer lugar hay *municeps* y de allí derivó el abstracto *municipium*, que significa el conjunto de características del *municeps*, e inmediatamente después el grupo de los *municipes*.¹⁹¹

La palabra municipio proviene de *munus capessere*, que significa tomar cargas, pero no están unidos al pueblo romano más que por títulos honoríficos, sin ningún lazo, sin estar sometidos a ninguna ley romana a no ser que la hayan adoptado. Las cargas económicas de Roma a que las ciudades debían contribuir se denominaban *munera*, de ahí derivó el nombre de *municipes* a los

¹⁹¹ Torrent Ruiz, Armando (1995). *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*. Zaragoza: Edisofer, pág. 303.

habitantes de esas ciudades que tenían leyes y derechos propios; y *municipia* a las ciudades vencidas.¹⁹²

En el vocablo *municipium* (lo mismo que respecto que el vocablo *civitas*) se puede ver un aspecto de “unidad jurídica”, y un aspecto de colectividad (*municipes*), es decir, los habitantes municipales. Los clásicos preferían hablar de este último aspecto, tal como se ve por su gusto de utilizar el término *municipes* en lugar de *municipium*, o de *civis* en lugar de *civitas*, por lo menos en cuanto a los aspectos privados (D. 3. 4. 2, D. 3. 4. 7. pr, D. 4. 3. 15. 1, D. 10. 4. 7. 3). De este modo el aspecto de comunidad predominará sobre el de la unidad.¹⁹³

Prestigiosos historiadores romanos sostienen que la palabra *municipium* se ha tomado en dos sentidos diferentes. Uno de carácter genérico: toda ciudad de constitución romana en Italia o en las provincias que se oponían a Roma; y otro de carácter específico: para expresar la condición de derecho público, o una categoría especial de los ciudadanos italianos o provinciales.¹⁹⁴

¹⁹² Aulo Gelio (1959). *Noches Áticas*. Traducción del latín por Francisco Navarro y Calvo. Buenos Aires: Editorial Jurídicas Europa-América. Libro XVI, Capítulo XIII, págs. 197 y ss. “*Municipes, municipio* son dos palabras de fácil empleo y uso común, que se pronuncian persuadidos de que se sabe lo que se dice. En realidad no sucede así. Todo hombre originario de una colonia perteneciente al pueblo romano se llama *municipes* y da a sus conciudadanos el nombre de *municipes*. En esto no hay razón de exactitud”; Maynz, Charles (1892). *Curso de Derecho Romano*. Traducido al español por Antonio José Pou y Ordinas. Barcelona: Jaime Molinas Editor; En concordancia Fernández de Buján y Fernández, Antonio (2002). *Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano en España, Europa e Iberoamérica*. Madrid: Civitas Ediciones SL, págs. 146 y ss. “*Municipium* deriva de *munus*, carga, imposición; y *capere* de establecer”; Arangio Ruiz, Vicente (1994). *Historia del Derecho Romano*. Traducción de la 2ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ibáñez. Madrid: Editorial Reus, pág. 140. “*Municipium* deriva de *munera capere* y acusa que Roma imponía a semejantes agrupaciones ciertos servicios y prestaciones”.

¹⁹³ Di Pietro, Alfredo (1999). *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires: Editorial Depalma, pág. 97.

¹⁹⁴ Faya Viesca, Jacinto (1997). “Visión histórica del municipio como institución política”. En *Homenaje de maestros de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, págs. 291 y ss.

III. Surgimiento y evolución del municipio romano

Al expandirse Roma debido a las guerras, fue conquistando, anexando e incorporando territorios bajo su dominio, convirtiéndose en dueña de la cuenca mediterránea. Su estructura hegemónica se llevó a cabo bajo un sistema de alianzas y de situaciones de dependencia de carácter muy diverso, dentro y fuera de la península.¹⁹⁵ Con las ciudades conquistadas tenía dos tipos de relaciones: la sumisión (*deditii*) o la alianza (*socii*). De un lado estaban los súbditos, *deditii*, que habiendo pronunciado la fórmula de *deditio*, entregaron al pueblo romano sus personas, murallas, tierras, aguas, casas, templos y dioses, siendo gobernados arbitrariamente por un *praefectus* enviado desde Roma. Y por otro lado estaban los aliados, *foederati* o *socii*, que conservaban su régimen municipal, sus instituciones, pero en virtud de la fórmula *maiestatem populi romani comiter conservato*, recibían ciertas órdenes de Roma, pagaban impuestos y sus magistrados debían rendir cuentas al gobernador de la provincia. Con esta clase de relaciones surgió el municipio, configurándose el rasgo fundamental del gobierno local inserto en una unidad política superior.¹⁹⁶

Toda ciudad incorporada a Roma perdía el título de *civitas* para transformarse en *oppidum*, pero su situación ante el derecho público se expresaba más adecuadamente con el nombre de *municipium*.¹⁹⁷

Por lo consiguiente, se les daba la denominación de municipios a aquellas ciudades que anexionadas a Roma perdían su independencia política,

¹⁹⁵ Kunkel, Wolfgang. (1999). *Historia del Derecho Romano*. Barcelona: Editorial Ariel Derecho, pág. 42 y ss.

¹⁹⁶ Hernández, Antonio (2003). "Derecho Municipal. Parte general". En *Doctrina Jurídica*. N° 159. Ciudad de México: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, págs. 91 y ss; Fustel de Coulanges, Numa (1996). *La Ciudad Antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, págs. 276 y ss; Mommsen, Theodor (1893). *Compendio de Derecho Público Romano*. Traducido del alemán por P. Dorado. Madrid: Editorial La España Moderna, págs. 127 y ss. "Define el nuevo derecho municipal como el derecho de la ciudad dentro del Estado".

¹⁹⁷ Arangio Ruiz, Vicente (1994). *Historia del Derecho Romano*. Traducción de la 2ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ibáñez. Madrid: Editorial Reus, pág. 140. "*Municipium* deriva de *munera capere* y acusa que Roma imponía a semejantes agrupaciones ciertos servicios y prestaciones."

conservando una cierta autonomía en su administración territorial y en su derecho. Fue una práctica tradicional de los romanos respetar, en buena medida, el derecho consuetudinario de los territorios conquistados. Los miembros del *municipium*, llamados *municipes*, a los que se les aplicaba originariamente el derecho privado romano y se los sometía a una serie de cargas y obligaciones fiscales, acabaron siendo considerados ciudadanos romanos con plenos derechos políticos, entre ellos la posibilidad de votar en las asambleas. Durante la *Respublica*, la fundación de municipios se restringió al territorio itálico. La guerra social, promovida por los aliados itálicos frente a Roma en reivindicación de la plenitud de derechos, tuvo lugar a principios del siglo I a. C. y finalizó con el reconocimiento de una plena ciudadanía a los miembros de todas las comunidades itálicas aliadas de Roma. El territorio estatal comprendió toda Italia.¹⁹⁸

Se consideró al municipio como una comunidad a la que se le extendió la ciudadanía romana, y que conservó de su anterior *status civitas* soberana una mayor o menor autonomía administrativa, debido a que se le respetaron sus costumbres, sus leyes, la organización del culto, el nombramiento de sacerdotes y todo

¹⁹⁸ Fernández de Buján y Fernández, Antonio (2002). *Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano en España, Europa e Iberoamérica*. Madrid: Civitas Ediciones SL, págs. 146 y ss; De Hinojosa y Naveros, Eduardo (1974). *Obras de Estudios de Síntesis*. Tomo III. Madrid: Editorial del Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, pág. 23. "Los pueblos que combatieron contra los ejércitos romanos sufrían como castigo la pérdida total o parcial de su territorio, quedando reducidos a una situación precaria y miserable en el orden político, en cambio los que se habían mostrado propicios a soportar el yugo romano, se les concedía cierta autonomía en su gobierno interior, o eran asimilados en virtud de privilegios y exenciones a las ciudades romanas, de allí que en la República y en los primeros tiempos del Imperio surgieron entre las ciudades provinciales distintos tipos, según su condición jurídica, denominadas: estipendarias, libres, inmunes y confederadas, colonias romanas, colonias latinas y municipios." Caramés Ferro, José M. (1963). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Perrot, pág. 139. "El municipio es la comunidad humana que paulatinamente fue incorporándose a Roma durante la República y que en virtud de su conquista o de un tratado de alianza con los romanos perdió su anterior condición de soberana, aunque conservando una autonomía más o menos amplia según la concesión o el tratado suscripto con esta y que precisamente debido a esta última circunstancia fue de distinto tipo."

asunto relacionado a lo sacro, la explotación de los bienes de la comunidad y la administración del patrimonio. Por lo tanto se puede decir que gozaban de atribuciones de carácter administrativo, financiero, religioso, etc.¹⁹⁹

A pesar de esta autonomía, Roma imponía a dichas agrupaciones ciertos servicios y prestaciones,²⁰⁰ les cobraba tributo y además se encargaba de fiscalizar, inspeccionar y vigilar el funcionamiento del gobierno municipal por medio de autoridades romanas.

Existían diversos tipos de municipios: los *optimo iure* y los *sine suffragio*. Algunos autores dividen a estos últimos en *municipes caerites* y *municipes aerarii orstipendiarae*.²⁰¹

¹⁹⁹ Lapieza Elli, Ángel (1981). *Historia del Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, pág. 153. “La diferencia existente entre los municipios romanos y los griegos fue que los primeros estaban sometidos al poder de Roma, por el contrario en Grecia, eran pequeñas ciudades independientes de la Polis.”

²⁰⁰ Arangio Ruiz, Vicente (1994). *Historia del Derecho Romano*. Traducción de la 2ª edición italiana por Francisco de Pelsmaecker e Ibáñez. Madrid: Editorial Reus, pág. 140.

²⁰¹ Torrent Ruiz, Armando (1995). *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*. Zaragoza: Edisofer, pág. 302; Faya Viesca, Jacinto (1997). “Visión histórica del municipio como institución política”. En *Homenaje de maestros de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, págs. 291 y ss. “Giraud, distingue cuatro clases de municipios, en la antigua Italia: el que tenía el Derecho de ciudadanía completo, *optimo iure*; el que solo tenía parte de él; el que conservaba su propia legislación, y por último, el que adoptaba la de Roma, haciéndose de la condición de los *fundi facti*. (...) Según Festo distingue tres categorías de municipios. Esta primera categoría incluye a las personas que eran originarios de poblados italianos y que cambiaron su domicilio a Roma, sin ser ciudadanos romanos. Estos vecinos no son tratados como extranjeros, ni tampoco están asimilados a los ciudadanos romanos, y sin la facultad de participar ni en forma activa ni pasiva en los comicios electorales o legislativos. Por otra parte, estos vecinos residenciados en Roma prestan el servicio militar en las legiones, de la misma manera que los ciudadanos romanos, estando también al igual que estos al pago de los tributos. Estas personas que llegaban a Roma para fijar su domicilio, posteriormente se les otorga la ciudadanía romana. Quedando, en consecuencia, asimilados a las condiciones generales de todo ciudadano romano. La segunda categoría, comprendía a los italianos a cuya ciudad entera le había sido concedida la ciudadanía romana. En este caso, la condición de Derecho llamada *municipium* se confería no a los individuos, como sucedía en el primer caso, sino a la colectividad, a una

Los municipios *optimo iure* eran las comunidades que dejaron de ser independientes; a sus miembros les fue otorgada la plena ciudadanía romana y conservaron sus magistrados, órganos, jurisdicción y leyes. En el año 381 a. C., la comunidad latina de Tusculo fue el primer municipio *optimo iure* incorporado plenamente a la órbita romana. Los municipios *sine suffragio*, en cambio, eran aquellos en que sus habitantes carecían del *ius suffragii*, en sentido activo y pasivo, ya que no podían elegir ni ser elegidos para las magistraturas romanas. La comunidad etrusca de Caere fue el primer municipio *sine suffragio*, honrado con el título de ciudad romana, con exención de toda carga. Además encontramos dentro de los municipios *sine suffragio* a los *aerarii orstipendiariae*,

ciudad. De las condiciones puestas por el Senado dependía también el que estos *Municipia* tuvieran o no autonomía administrativa con sus magistrados municipales. Hay casos en que a algunos municipios por haber faltado a sus deberes, por ejemplo, haciendo causa común con los enemigos del pueblo romano, fueron privados de la autonomía administrativa que se les había concedido. Este estatuto se impuso a Anagnia y a otros municipios del país de los Hérnicos en el año 306 y más tarde a Capua, condición de la que Tito Livio expresa que era únicamente ‘un lugar habitado y poblado, una multitud sin consejo público, ni autoridad, sin derecho de asociación, inhábil para todo convenio, y que desde Roma enviarían todos los años un prefecto para gobernarla y administrar justicia’. Estas ciudades adscritas a Roma, con una clara disminución política, se llamaban *Praefecturae*, en virtud de que eran administrados por prefectos enviados por el pueblo romano o por el pretor. ‘Los vecinos no perdían su ciudadanía romana, los individuos seguían indemnes; pero su colectividad dejaba de tener una vida propia, quedando sujeta totalmente al pueblo y al Senado romano’. La tercera categoría es la de los italianos que habían llegado a la ciudadanía romana, ‘siendo *municipes* de sus ciudades o colonias, como los Triburtes, los Prenestinos, los Pisanos, los Urbinates o (Arpinates), los Nolanos, los Bononienses, los Placentinos, los Nepesinos, los Sutrinus, los Locrenses’. Esta tercera categoría, como en la primera, se trataba de individuos y no de ciudades enteras. En este caso la palabra *municipium* significaba la condición de los individuos que habían adquirido la ciudadanía romana sin haber roto los lazos que los unían con su ciudad de origen, ya fuera que se tratara de ciudades ajenas a Roma, es decir, colonias latinas, como algunas de las nombradas por Festo, como eran, por ejemplo, Bononia, Placentia, Sutrium. En consecuencia, esta tercera categoría es simétrica en relación a la primera; pero extendida a ciudades más alejadas y a colonias latinas. En ambos casos los beneficiados son *cives romani*, *municipes praenestini* o *tributini*, por ejemplo. Para Guillén, de estas tres categorías, la primera desaparece muy pronto, en virtud de que las ciudades cuyos vecinos podían recibir

a quienes Roma, al incorporarlos no les concedió la ciudadanía, sino solo la obligación de contribuir a las cargas públicas.²⁰² Aunque estos municipios poseían distinto carácter, todos permanecían obligados a los *munera* respecto a Roma, especialmente tributarios y militares.²⁰³

La conformación de los municipios no era ni uniforme, ni homogénea, sino que existía una gran variedad municipal. Esto se debía a dos razones. La primera era referente a la diversa índole de los tratados que habían firmado estas comunidades con Roma, de ello se desprende la falta de uniformidad.

a la ciudadanía romana, si se establecían en la urbe, pasarían por una disposición colectiva a ser *municipia civium romanorum*, es decir, pasarían a formar parte de la segunda categoría. Y las de la tercera por lo menos respecto a Italia pierden su razón de ser, cuando después de la guerra social, se concede a toda Italia el Derecho de ciudadanía. Entonces todos los poblados de Italia son *oppida (Municipia civium romanorum)*"; Fustel de Coulanges, Numa (1996). *La Ciudad Antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, págs. 276 y ss. "Roma otorgaba distinto tratamiento a las ciudades y reconocía diversos derechos a sus habitantes. Este autor distingue: a) los aliados, que tenían un gobierno y leyes propias, y ningún lazo de derecho con los ciudadanos romanos; b) las colonias, que gozaban del derecho civil de los romanos, sin participar de los derechos políticos; c) las ciudades de derecho itálico, que por favor de Roma habían obtenido el derecho de propiedad íntegro sobre sus tierras, como si estas hubiesen estado en Roma; d) las ciudades de derecho latino, cuyos habitantes según el uso antaño establecido en el Lacio, podían convertirse en ciudadanos romanos, tras haber ejercido una magistratura municipal."

²⁰² Aulo Gelio (1959). *Noches Áticas*. Traducción del latín por Francisco Navarro y Calvo. Buenos Aires: Editorial Jurídicas Europa-América. Libro XVI, Capítulo XIII, pág. 198; Lapieza Elli, Ángel (1981). *Historia del Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, pág. 153. "Antes del siglo I a. C. existían en el territorio romano municipios de ciudadanos *optimo iure* y de ciudadanos *sine suffragio*. En los primeros, podría decirse que los miembros participaban de una doble ciudadanía, la romana y la local. Entre los segundos hay que distinguir los que como la comunidad etrusca de *Caere* en el 351 a. C., gozaban de autonomía administrativa y financiera y los que como *Capua*, castigada por su actitud en la Segunda Guerra Púnica, eran administrados por enviados de Roma."

²⁰³ Torrent Ruiz, Armando (1995). *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*. Zaragoza: Edisofer, págs. 304 y ss; Arangio Ruiz, Vicente (1994). *Historia del Derecho Romano*. Traducción de la 2ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ibáñez. Madrid: Editorial Reus, págs. 137 y ss. "Estas incorporaciones adoptaron dos formas distintas, los habitantes

La segunda razón depende de la organización debido al lugar donde estaban ubicados y extensión de los mismos, de allí surge la carencia de homogeneidad. Podemos mencionar como caracteres generales del municipio romano: 1) un territorio determinado; 2) un pueblo que se manifestaba en su Asamblea general; 3) una organización especializada en un cuerpo deliberante llamado Curia, con sus magistraturas; 4) el culto a los dioses. La combinación de los elementos constitutivos de la organización era distinta en los diversos municipios, ya que había leyes municipales que regían dichos aspectos.²⁰⁴

A fines de la República se dio un proceso de uniformidad en el régimen municipal. Primero a partir de la Guerra Social del año 91 a. C., además a través

de unas cuantas ciudades fueron admitidos como *cives optimo iure*, es decir, pacificados jurídicamente a la estirpe romana, a los demás se le concedió una ciudadanía *sine suffragio*, que representaba una verdadera y auténtica subordinación; más un castigo que un premio. Las más antiguas incorporaciones a la ciudadanía, en particular aquellas que concebían igualdad de derechos (como fue el caso de las ciudades latinas como *Gabes, Tusculo, Aricia*) se originasen en tratados en los cuales las ciudades renunciaban a su condición de comunidades soberanas a fin de obtener, a cambio, el honor de pertenecer a la familia romana. Pero tratados de este género solo se celebraron al principio, ya que después las *civitates sine suffragio* fueron siempre el resultado de una capitulación sin condiciones (*deditio*) de la colectividad interesada y que Roma concedía mediante un acto unilateral." Faya Viesca, Jacinto (1997). "Visión histórica del municipio como institución política". En *Homenaje de maestros de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, págs. 291 y ss. "Por medio de la concesión de la ciudadanía romana los pueblos sometidos, por ejemplo, en la Guerra latina del año 338 a. C., Lanuvio, Nomentano, Pedano y Aricia, Roma unía a sus destinos a las ciudades más próximas. No es posible hacerles mayor favor, que igualarlas en derecho a su condición de vida social y política. A otras ciudades se les concedía en agradecimiento por algún favor. Por ejemplo, en ese mismo se le otorgó a Capua la *Civitas Sine Suffragio* porque los caballeros campanos no quisieron hacer causa común con los latinos en contra de Roma; a *Fundi* y a *Formia* porque dejaron paso libre por su territorio al ejército romano, y a los *Caerites* se les concedió también la *Civitas Sine Suffragio* porque, cuando la conquista de Roma por los Galos ofrecieron asilo a las vestales y a los sacra de vesta. Es curioso que cuando a un ciudadano de Roma se le castigaba privándolo del *ius suffragii*, se le inscribía en la *Tabulae Caeritum*".

²⁰⁴ Posada, Adolfo (1936). *El Régimen Municipal de la Ciudad Moderna*. Madrid: Librería General Victoriano Suárez, págs. 37 y ss.

de la *Lex Iulia de Civitates* del cónsul *Iulius Ostius* por la cual se otorgó la ciudadanía a los aliados de Roma. Luego la *Lex Plautia Papiria* del 89 a. C. extendió la ciudadanía a todos los italianos y la *Lex Iulia municipalis* de Julio César del 45 a. C. previó para los municipios una estructura de gobierno unificada. Por último, el Edicto de Caracalla le otorgó la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio en el 212 d. C., por consiguiente los habitantes de los municipios *sine suffragio* alcanzaron la categoría de ciudadanos romanos quedando equiparados con los habitantes de los municipios *optimo iure*. Con esto se logró la romanización del Mediterráneo, convirtiéndose la ciudadanía romana en universal, dando lugar a la multiplicación de los municipios durante la etapa del Bajo Imperio Romano.²⁰⁵

²⁰⁵ Arangio Ruiz, Vicente (1994). *Historia del Derecho Romano*. Traducción de la 2ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ibáñez. Madrid: Editorial Reus, págs. 236 y ss.; 256 y ss.; 325 y ss.; 407 y ss; Aulo Gelio (1959). *Noches Áticas*. Traducción del latín por Francisco Navarro y Calvo. Buenos Aires: Editorial Jurídicas Europa-América. Libro XVI, Capítulo XIII, pág. 198. “La legislación de las ciudades municipales es oscura y está olvidada, y que por no conocerla ha habido que abandonarla”; Faya Viesca, Jacinto (1997). “Visión histórica del municipio como institución política”. En *Homenaje de maestros de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, págs. 291 y ss. “Las guerras sociales se iniciaron en el año 91 y terminaron en el 88. Después de ellas, el Gobierno romano emitió una serie de leyes que vinieron a cambiar radicalmente la condición de muchas ciudades italianas. En el año 90, la *Lex Iulia* concedió el *ius civitatis* a todos los *socci* y *latini* que no se rebelaron y se sometieron enseguida. Al año siguiente, la *Lex Plautia Papiria* confirmó el mismo derecho a todos los habitantes de las *civitates foederatae*, con tal de que cumplieran los siguientes requisitos: 1) que estuvieran domiciliados en Italia en el momento de la votación de la ley, y 2) que hicieran su declaración delante del pretor dentro del espacio de 60 días después de la promulgación de la ley. Una vez que quedaron sometidos los últimos reductos de las ciudades rebeladas contra Roma, se concedió el Derecho de ciudadanía a todos los italianos sin distinción alguna. Esta concesión se hizo al mismo tiempo a la Galia Cispadana. La *Lex Pompeia* del año 89 concede el derecho latino a la Galia Transpadana. Una vez hecho esto, el Gobierno romano tomó la precaución de inscribir a todos estos nuevos ciudadanos romanos en solo ocho tribus, al paso que los ciudadanos antiguos estaban repartidos en 27 tribus. Mediante esta estructura de inscripción y adscripción de ciudadanos, Roma tenía siempre asegurada la mayoría de los sufragios en los comicios. Esta ventaja para efectos electorales fue transitoria, en virtud de que el tribuno S. Sulpicio Rufo

Roma propició en todas partes el régimen municipal, que se fue perfeccionando a través del tiempo, alcanzando su más alto desarrollo jurídico y político en los primeros siglos del Imperio. Pero la institución municipal romana decayó a fines del Imperio por la corrupción de los funcionarios y el centralismo estatal, subsistiendo solo en su forma pero no en su espíritu.²⁰⁶

La invasión de los bárbaros produjo un decaimiento de la vida urbana y correlativamente de las instituciones municipales. Sin embargo, la historia nos demostró que al menos en algunas ciudades de Italia, Francia, España y Alemania se dio en la práctica la continuidad del proceso histórico del régimen municipal. Esto significó que estos países heredaron de Roma la institución municipal, y que al menos en algunas de sus ciudades muy importantes conservaron la fisonomía esencial de esta institución política. Después de la

hizo votar en el año 88 un plebiscito por medio del cual ordenaba distribuir a estos nuevos ciudadanos en 35 tribus, según ha hecho constar Tito Livio"; Hernández, Antonio (2003). "Derecho Municipal. Parte general." En *Doctrina Jurídica*. N° 159. Ciudad de México: Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pág. 93. "La *Lex Iulia Municipalis* del año 45 a. C. regulaba la organización municipal de las ciudades de Italia y de la Galia Cisalpina, aunque también influyó en la constitución de otros municipios de las provincias"

²⁰⁶ Fustel de Coulanges, Numa (1996). *La Ciudad Antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, págs. 276 a 280; López, José Francisco (1873). *Estudio Político de la República Argentina y un Cuadro Histórico del Gobierno Municipal de los pueblos romanos y germánicos*, Buenos Aires: Ed. Sociedad Anónima de Tip. Litograf. y Fund., pág. 60. "El Imperio romano debió la prolongación de su vida y conservación de fuerzas, a la buena organización de los municipios, hasta que también fueron víctimas de las usurpaciones y excesivas contribuciones, con que las ciudades fueron oprimidas por los Emperadores, desde Constantino y sus sucesores. La centralización del gobierno comenzó a ahogar su esfera de acción, restringiendo la jurisdicción de los magistrados municipales pasándola a los pretores romanos"; Guizot, François (1990). *Historia de la Civilización en Europa*. Salamanca: Editorial Alianza. "Solo quedó un municipio soberano Roma que reinó sobre los demás, que tenían solo existencia civil; el régimen municipal cambió de carácter y en lugar de ser un gobierno político se convirtió en una especie de administración"; Faya Viesca, Jacinto (1997). "Visión histórica del municipio como institución política". En *Homenaje de maestros de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, págs. 291 y ss.

liquidación del Imperio Romano, y años antes de la Edad Media, las ciudades empezaron a perder su tradicional prestigio. La pérdida del mismo desvalorizó al municipio como forma básica de organización política y de división territorial. Si bien el régimen municipal nunca murió, sí sufrió un gran descrédito y una parálisis en su evolución y perfeccionamiento. En la época en que culmina la Edad Media, el Municipio resurge nuevamente con una poderosa fuerza. Este resurgimiento se debe a gran parte de la reconquista del prestigio perdido por las ciudades como organización comunal básica y puntal político de toda república. Lo definitivo en este resurgimiento municipal se debió a la enorme fe que se tenía en las ciudades como centro de comunidad política y social. En el largo período de cinco siglos desde el comienzo de la Edad Media hasta el resurgimiento de las ciudades, solo es posible encontrar una institución particular de los visigodos: el denominado *Conventus publicus vicinorum*, o sea, la asamblea de los hombres libres de una población o distrito rural, que conservó la organización y la autonomía de que gozaban los municipios en los últimos tiempos del Imperio Romano.²⁰⁷

Posteriormente, con el resurgimiento de las ciudades, después del siglo X, comenzó otra estructuración política distinta: la propia del feudalismo con

²⁰⁷ Hernández, Antonio (2003). "Derecho Municipal. Parte general". En *Doctrina Jurídica*. N° 159. Ciudad de México: Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, págs. 93 y ss. "Debemos detenernos en el municipio leonés y castellano, llamado concejo. Estos gobiernos locales alcanzaron su máximo esplendor en cuanto a la autonomía y base democrática entre los siglos XII y comienzos del XIV. Más allá de discusiones sobre las influencias de estos municipios, pareciera que las recibieron tanto del viejo municipio romano, de ahí que el nombre de concejo deviene de *concilium*; como de las instituciones germánicas mantenidas por los visigodos, como el *concilium* o asamblea judicial y el *conventus publicus vicinorum*"; De Hinojosa y Naveros, Eduardo (1974). *Obras de Estudios de Síntesis*. Tomo III. Madrid: Editorial del Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, págs. 28 y ss. "A la caída del imperio romano, España sufrió la invasión de los godos, pero el municipio conservó entre los visigodos la organización y la sombra de autonomía de que gozaba en los últimos tiempos del imperio romano"; Vázquez, Humberto (1986). *El nuevo municipio mexicano*. Ciudad de México: Editorial de la Secretaría de Educación Pública, Serie Foro 2000, págs. 49 y ss. "La mayoría de los autores españoles coinciden en afirmar que los restos de la organización romana no sobrevivieron en la península ibérica a la ruina del reino visigótico, y que no son muchas las huellas que los árabes dejaron en este campo de lo

sus respectivos centros de poder: la Iglesia, los reyes y la nobleza. Este proceso no fue igual en todo Occidente, ya que hubo un variado desarrollo de las ciudades y diversas relaciones entre los centros de poder. Por ello, existieron distintos regímenes jurídicos según los respectivos países y las etapas históricas. Se pueden señalar tres tipos de municipios en el Occidente europeo: 1) el municipio rural, donde predominaba el elemento económico y con una estructura ligada a la jura impersonal y al poder judicial; 2) el municipio privilegiado, surgido por la aplicación de concesiones nobiliarias, infanzonías (nobles de segunda categoría), etc.; y 3) el municipio consular, desarrollado en Italia y el sur de Francia, con la justicia separada dependiente del rey y designado como *communitatem seu commune*, con la curiosa evolución de los podestá italianos, que simbolizaban la imparcialidad de los gobernantes. Hay también tipos intermedios, como las ciudades de señorío, en las cuales participaban los vecinos junto con el delegado del señor. El territorio ajeno a las ciudades se podía definir como zona en donde regía un determinado derecho, es decir, unos mismos muros, una misma ley. La influencia romanista hizo que en el siglo XII se forjara la figura de la *universitas*, cuerpo de habitantes de una población y titularidad propia de ellos.²⁰⁸

Los municipios tuvieron un rol preponderante en la historia política del mundo. Pueblos y municipios libres se complementan; aún significan una dualidad social y política.

municipal"; Faya Viesca, Jacinto (1997). "Visión histórica del municipio como institución política". En *Homenaje de maestros de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, págs. 291 y ss ; López, José Francisco (1873). *Estudio Político de la República Argentina y un Cuadro Histórico del Gobierno Municipal de los pueblos romanos y germánicos*, Buenos Aires: Ed. Sociedad Anónima de Tip. Litograf. y Fund., págs. 61 y ss; Bielsa, Rafael (1940). *Principios de régimen municipal*. Buenos Aires: Editorial Depalma, págs. 33 y ss. "Esta institución municipal tenía facultades en materias como edilicias, sobre deslinde y amojonamiento de heredades, policía, en la indagación y búsqueda de siervos fugitivos, y judiciales en la aplicación de ciertas penas"

²⁰⁸ Hernández, Antonio (2003). "Derecho Municipal. Parte general". En *Doctrina Jurídica*. N° 159. Ciudad de México: Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, págs. 94 y ss; Reglá Campistol, Joan (1978). *Historia de la Edad Media*. Barcelona: Editores Montaner y Simón, págs. 160 y ss.

IV. Funcionarios de los municipios romanos

El gobierno y la administración de los municipios estaban a cargo de dos *Duumviro*s, que conformaban el colegio de los *Quatuorviro*s. Eran los supremos magistrados municipales y constituían un órgano ejecutivo colegiado con atribuciones ejecutivas, judiciales, legislativas, militares y presidían las Asambleas populares y el Consejo municipal. Dentro de los magistrados menores se encontraban los ediles y los cuestores. Los primeros tenían a su cargo la función de policía en general, seguridad, salubridad, y los otros se encargaban de la custodia y administración del Tesoro municipal. Con la extensión de la ciudadanía a toda Italia y con la *Lex Iulia municipalis* del año 45 a. C., se amplió y uniformó un sistema municipal calcado sobre la organización de Roma. Esta ley disponía que la población de los municipios se compusiera de ciudadanos, distribuidos en curias y habitantes de otras ciudades, sometidos a las cargas pero sin derechos. La Asamblea del pueblo elegía a los magistrados (pretores, ediles). El municipio se regía por un Colegio de cuatro funcionarios elegidos anualmente: dos investidos del poder judicial de los pretores (*duoviri iure dicundo*) y dos con poderes de policía edilicia (*duoviri aediles*). Algunos municipios tenían cuestores y tribunos. El Consejo Comunal (Senado) constituía el orden de los decuriones, ordinariamente compuesto de 100 miembros vitalicios.²⁰⁹

La jurisdicción de los municipios les correspondía a los pretores porque eran territorios de la *Respublica* romana. Pero en los municipios *optimo iure* subsistían tribunales de justicia menor, en cambio en los *sine suffragio* toda la

²⁰⁹ De Hinojosa y Naveros, Eduardo (1974). *Obras de Estudios de Síntesis*. Tomo III. Madrid: Editorial del Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, págs. 153 y ss y pág. 213 y ss. "Había dos magistrados jurisdiccionales *duoviri iure dicundo* y bajo ellos dos ediles; una Asamblea de 100 miembros (*ordo decurionum*); una especie de Senado vecinal y una asamblea de 10 curias o tribus. (...) El ordenamiento de la vida comunal había ido uniformando las condiciones de colonias y municipios. Los órganos del municipio estaban basados sobre los de la República: a) Comicios: integrados por 10 *curiae* o tribus donde los ciudadanos *municipes* votaban en elecciones de segundo grado, es decir, el pronunciamiento interno en cada unidad representaba un voto. Las atribuciones de los comicios eran electorales: elección de magistrados y sacerdotes. Estos dejaron de ser convocados en el siglo II a. C. y sus funciones fueron absorbidas por el Senado municipal; b) los magistrados debían elegirse

jurisdicción concernía al pretor, quien la delegaba en caso de ausencia de los magistrados municipales en los *praefecti iure dicundo*, que eran simples funcionarios o delegados. Los mismos eran elegidos en un principio por el mismo pretor y luego por los comicios. El pretor urbano era el único que podía resolver en materia económica los litigios de cierta cuantía y las cuestiones penales mayores que se producían en el municipio, porque los magistrados locales sólo podían atender cuestiones económicas y penales menores.²¹⁰ La función de estos magistrados era administrar justicia, proteger y escuchar las quejas de las personas que residían en ellos, atendiendo los asuntos locales tratando de satisfacer las necesidades humanas y promoviendo el bien de la comunidad, defendiendo sus intereses y derechos.²¹¹

Posteriormente, avanzado el siglo IV, apareció la figura del *defensor civitatis* o *plebis* encargado de proteger a los *municipes* de los abusos y vejaciones de

entre los curiales. Regían los principios de anualidad, colegialidad – con *ius intercessionis*– y jerarquía. Los *duoviri iure dicundo* equivalían –*mutatis mutandi*– a los dos cónsules y tenían la gestión administrativa, el mando de la milicia local, la jurisdicción civil en litigios de menos de 10 mil o 15 mil sestercios (actos de jurisdicción voluntaria, como las manumisiones, no podían celebrarse sino en Roma, ante cónsules o pretores, de allí lo frecuente de las manumisiones sin formalidades); la instrucción de sumarios criminales y el poder de policía. Cada cinco años los *duoviri iure dicundo* revestían una censoria *potestas* local y confeccionaban la lista de nuevos decuriones, el censo de *municipes* e *incolae* y los registros de arrendamiento del *ager publicus*. Los *duoviri aediles* y dos cuestores tenían funciones equivalentes a los de sus colegas de la *Respublica*. c) El Senado Comunal era llamado *Curia* u *ordo decurionum* (el cuerpo de los decuriones). Estaba integrado por 100 miembros, elegidos hasta el siglo III por los *duoviri iure dicundo* entre ex magistrados y *municipes* con alto censo. Luego fue el mismo cuerpo el que elegía a sus nuevos miembros. La *Curia* convocada y presidida por un magistrado tenía crecientes atribuciones sobre todos los asuntos de interés local y ejerció una jurisdicción de apelación en lo administrativo. La familia de los decuriones formaban la clase de los curiales, integrantes de los *honestiores*.”

²¹⁰ Lapieza Elli, Ángel (1981). *Historia del Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, pág. 153.

²¹¹ Torrent Ruiz, Armando (1995). *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*. Zaragoza: Edisofer, págs. 307 y ss; Arangio Ruiz, Vicente (1994). *Historia del Derecho Romano*. Traducción de la 2ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ibáñez. Madrid: Editorial Reus, págs. 240 y ss.

los funcionarios poderosos. Se les concedió una jurisdicción civil sobre los litigios de menor cuantía y una limitada jurisdicción criminal.²¹²

En todos los municipios romanos había Asambleas populares que se denominaban según la división que les servía de base, *comitia tributa* o *comitia curiata*. Durante la *Respublica* estas se reunieron para la elección de los magistrados, así como para legislar y tomar todo linaje de acuerdos, pero en el período del Imperio, la elección de dichos magistrados le correspondía al Senado y no se elegían de entre el pueblo sino entre los decuriones que eran los miembros del Senado Municipal (Consejo Municipal), especie de asamblea consultiva, deliberante y legislativa cuyas decisiones eran obligatorias para los magistrados.²¹³

Todas estas magistraturas se caracterizaban por su electividad y anualidad. En un principio fueron gratuitas ya que era un honor cívico y un deber político poder desempeñarlas, pero luego la gratuidad fue derogada, recibiendo las autoridades municipales un sueldo fijo dispuesto por el Emperador.

V. El municipio como persona jurídica o ente de existencia ideal

En los primeros tiempos, en Roma, no existía la idea de la personalidad jurídica. Esta aparece recién en el derecho post-clásico con Justiniano, pero fue desarrollada posteriormente en la modernidad.

En la etapa del derecho romano arcaico hasta el derecho clásico, solo los individuos humanos eran considerados como personas o sujetos de derecho, capaces de contraer y adquirir derechos y obligaciones, debido a que como lo expresó Hermogeniano en D. 1. 5. 2: “todo el *ius* ha sido constituido por causa de los hombres”.²¹⁴

²¹² Arangio Ruiz, Vicente (1994). *Historia del Derecho Romano*. Traducción de la 2^o edición italiana por Francisco de Pelsmaecker e Ibáñez. Madrid: Editorial Reus, págs. 381y ss.

²¹³ De Hinojosa y Naveros, Eduardo (1974). *Obras de Estudios de Síntesis*. Tomo III. Madrid: Editorial del Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, págs. 27 y ss.

²¹⁴ Di Pietro, Alfredo (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Editorial Depalma, pág. 96; García del Corral, Idelfonso (1897). *Cuerpo de Derecho Civil Romano*. Tomo I. Barcelona: Ed. Lex Nova, pág. 213. “D. 1. 5. 2: *Quum igitur omnium causa omne ius constitutum si...*”

En el derecho romano no hubo un término genérico aplicable para designar a las personas jurídicas. En la Ley de las XII Tablas se encontraron expresiones como *ordo*, *corpus*, *sodalitas*, y otras que no llegan a representar sujetos de derecho no humanos.

La consideración de la personalidad jurídica del municipio fue variando, siendo distinta en el período del derecho clásico que a la del postclásico. Los clásicos hablaban de *municipes*, es decir de los habitantes municipales, resaltando el aspecto de colectividad que predominaba sobre el de unidad, por el contrario los postclásicos utilizaban el término *municipium* para remarcar el carácter de unidad jurídica sobre el de colectividad. Al principio los bienes existentes en el *municipium* no pertenecían a este, sino que eran considerados *res communes* (Gayo 2. 11 - D. 3. 4. 1. 1). Eran, por ejemplo, los teatros, estadios y otras cosas (I. 2. 1. 6). A veces eran llamadas *res publicae*, lo cual era excesivo (*abusive* según Ulpiano D. 50. 16. 15), ya que esta última denominación es para las cosas del *Populus*, mientras que aquí son las de los *municipes* (D. 50. 16. 16). Son los magistrados los que adquirirían los bienes que serían de los *municipes*, por lo que no regía el principio clásico de que “no podemos adquirir por personas libres” (no sujetas a nuestra *potestas*, Gayo 2. 95). Respecto de estas cosas los municipios no podían poseer nada por sí, no podían consentir la posesión (D. 41. 2. 1. 22), tampoco podían heredar porque no eran considerados personas jurídicas y la institución hereditaria no podía recaer en un número indeterminado de personas (D. 22. 5 - C. 6. 48).²¹⁵

Si bien la noción de persona jurídica no aparece sino hasta el Imperio, antes había atisbos de ella. El poder público era denominado bajo la *Respublica* como *Senatus populusque romanus*, es decir, el Senado y el Pueblo romano, mención que denota no un concepto unitario de la personalidad ideal, sino colectivo referido al ejercicio del mando y no a la titularidad de derechos y obligaciones. Los impuestos eran pagados al *Fiscus*, que en latín significa canasto o recipiente usado para recolectar o guardar dinero, lo que muestra que por ausencia de abstracción se identificaba el titular de la obligación

²¹⁵ Di Pietro, Alfredo (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Editorial Depalma, págs. 96 y ss. “Por razones políticas un senadoconsulto mencionado por Ulpiano facultó al liberto de un *municipium* poder instituir herederos a los *municipes* (D. 38. 3. 1.pr.). Otro senadoconsulto Aproniano (año 117 o 123 d. C) permitió que se dejara a los *municipes* un fideicomiso universal (D. 36. 1. 26)”

con el medio práctico utilizado para recoger del deudor el pago de la deuda. Pero la idea de persona jurídica o sujeto de derecho no humano aparece por primera vez delineada cuando las ciudades vencidas por Roma (*municipia*) resultan por razón de la derrota privadas de su soberanía y reducidas al *ius singulorum* o derecho de los particulares, para la gestión de los bienes que les quedaban; se admitió así la existencia de un ente colectivo que actuaba en el derecho a la par de los ciudadanos, usando las formas propias del comercio jurídico y compareciendo ante los jueces de acuerdo a las reglas del procedimiento.²¹⁶

En la etapa del Imperio Romano se formuló el criterio de la personalidad jurídica, separando de esta forma la persona física o humana de los entes colectivos, por medio de la noción de *universitas*, la cual comprendía a los municipios. La *universitas* romana fue un ente ideal, distinto de la personalidad de sus miembros en conjunto y de cada uno de ellos, configurando un nuevo sujeto de las relaciones jurídicas concretado en la fórmula *universitas personae vice fungitur*, o sea que representan a una persona titular del patrimonio colectivo separado y distinto del de sus miembros y lo mismo ocurría en el caso de las deudas.²¹⁷

Si bien la noción de persona jurídica fue producto de la modernidad, el derecho romano les reconocía a los municipios derechos y obligaciones en cuestiones de derecho privado. Los mismos se encuentran enumerados en el Digesto, en el Libro 50, en los Títulos I y VIII. En este ámbito actuaban como una persona física

²¹⁶ Arangio Ruiz, Vicente (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción al español de la 10ª edición italiana por J. M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Editorial Depalma, pág. 79; Llambías, Jorge (1995). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, pág. 9 y ss. "En la Roma primitiva solo los individuos humanos eran personas del derecho. La noción de Estado, como organismo representativo del pueblo, no era comprendida en los primeros tiempos en que las funciones propias del poder público se identificaban con la persona del Rey. (...) Luego, advirtiéndose la utilidad de ese recurso, se lo extendió a otras corporaciones, tales como los colegios sacerdotales, los colegios de funcionarios públicos, los colegios funerarios, que eran asociaciones destinadas al culto y sepultura de los muertos, y hasta a sociedades comerciales constituidas para la explotación de minas o la recaudación de impuestos."

²¹⁷ Rivera, Julio César (1995). *Tratado de Instituciones Derecho Civil*. Tomo II. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, pág. 163.

y, en este sentido, podemos decir que tenían en mente la idea de los municipios como entes distintos a las personas que los integraban.

Entre los derechos y obligaciones que tenían los municipios en su carácter de sujetos privados al igual que los hombres podemos mencionar: a) Capacidad de adquirir bienes mediante liberalidades: tenían capacidad civil para celebrar negocios jurídicos unilaterales, podían recibir herencias, legados y fideicomisos universales (D. 50. 8. 4 - C. 6. 24. 12); b) Celebración de contratos de compraventa: respecto de bienes que hubiesen recibido por alguna liberalidad (C. 11. 31. 3); c) Capacidad de tener bienes propios de la ciudad: como consecuencia de la capacidad de realizar contratos, las corporaciones y en consecuencia las ciudades, podían tener bienes propios y no de los ciudadanos que habitaban en ella. Así se hablaba de bienes comunes, en el sentido que no eran de ninguna persona física en particular (D. 3. 4. 1. 1 - D. 1. 8. 6. 1); d) Representación de la municipalidad: en su calidad de sujetos de derecho, las municipalidades tenían sus representantes designados por la ley o por ellos, para actuar frente a terceros o para litigar en nombre de ella y no en nombre de los integrantes de la misma. De ello se deduce que solo se podía ser representante de quien era ente de derechos y obligaciones, de quien tenía un reconocimiento jurídico (D. 3. 4. 2 - D. 3. 4. 3); e) Deudores y acreedores de la ciudad: como consecuencia de la capacidad de celebrar negocios jurídicos, la ciudad podía tener sus deudores y acreedores propios (D. 3. 4. 7. 1 - D. 3. 4. 8); f) Posibilidad de iniciar una acción contra un municipio: se prevenía la posibilidad de accionar contra un municipio, por ejemplo, en el caso de dolo malo (D. 4. 3. 15. 1); g) Derecho a defender sus intereses ante los tribunales: los municipios podían entablar acciones ante los tribunales para la defensa de sus derechos (D. 47. 2. 31. 1 sobre el hurto de bienes municipales); h) Posibilidad de manumitir esclavos: Savigny decía que ya Varrón en su obra *Lingua Latina* hablaba de los manumitidos de la República, de los municipios como un hecho permanente. Además, una constitución de la época de Trajano permitió a las ciudades de Italia manumitir a sus esclavos, extendiéndose este derecho a las ciudades de las provincias mediante un senadoconsulto de la época de Adriano (C. 7. 9. 3); i) Capacidad para adquirir la posesión de bienes: este instituto de creación pretoriana tenía como fundamento entregar la posesión de los bienes hereditarios, protegiendo al poseedor no como heredero sino como aquella persona que ocupaba el lugar del heredero (*bonorum possessor*). Los municipios podían adquirir bienes mediante las herencias, en consecuencia gozaban de

la capacidad que el pretor les entregara la posesión de los bienes hereditarios (D. 37. 1. 3. 4).²¹⁸

A pesar de todo, los romanos no llegaron a elaborar una teoría general de la persona, tanto física como jurídica; esta surgió recién en el siglo XIX.

VI. Los municipios en el pensamiento argentino durante el proceso constitucional de 1853

a) Pensamiento en el periodo de 1810 a 1850

Durante la época colonial, de las ruinas del municipio romano surgió el Consejo Medieval y con él se forjó el Ayuntamiento español. Algunos municipios argentinos nacieron de los antiguos Cabildos coloniales. Los cabildos eran de existencia anterior al Virreinato, puesto que su creación era simultánea a la ciudad que le servía de asiento. Los mismos formaban parte del sistema, siendo de su jurisdicción el municipio. Para integrarlos se requería ser vecino de la ciudad y el cargo era anual y gratuito, realizando los cabildantes salientes la elección de los nuevos miembros.²¹⁹

²¹⁸ Arangio Ruiz, Vicente (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción al español de la 10° edición italiana por J. M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Editorial Depalma, págs. 79 y ss; Di Pietro, Alfredo (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Editorial Depalma, págs. 97 y ss.

²¹⁹ Difalco, Dardo (2013). "Derecho Público Provincial y Municipal. Algunas consideraciones sobre el municipio." En *Anales*. N° 43. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, págs. 305 y ss. "Con el tiempo los Cabildos fueron perdiendo de independencia política, al depender de los intendentes la confirmación de los alcaldes y regidores"; Hernández, Antonio (2003). "Derecho Municipal. Parte general." En *Doctrina Jurídica*. N° 159. Ciudad de México: Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, págs. 102 y ss. "La prestigiosa tradición secular era restaurada en las nuevas posesiones castellanas más allá del océano. La fundación de una ciudad solo podía hacerse en las colonias hispanoamericanas con autorización del rey, que delegaba en el fundador, por las capitulaciones, la potestad de constituir el primer cabildo. (...) No se pueden olvidar los célebres cabildos abiertos de Buenos Aires de 1806, durante la primera invasión inglesa, que suspendió

Producido el movimiento revolucionario emancipador de 1810, los cabildos no solo siguieron subsistiendo, sino que asumieron un rol protagónico de corte netamente político en la vida nacional. Esta institución estuvo presente en los precedentes constitucionales argentinos, como por ejemplo, en el Proyecto de Constitución de 1812, que establecía en el capítulo XXII que “en todas las ciudades, villas, y cabezas de partido, que tengan 300 vecinos, habrá ayuntamientos compuestos de alcaldes y regidores nombrados por los pueblos anualmente”. Además, el Estatuto Provisional de 1815 contenía disposiciones relativas a la integración de los cabildos y sus atribuciones, al igual que el Reglamento Provisorio de 1817, que mantenía los mismos términos que el anterior. En la Constitución de 1819 se conservaron las anteriores normas jurídicas relativas a los cabildos. A esta altura los cabildos se transformaron en juntas de representantes o sea verdaderas legislaturas provinciales. Al decir de Alberdi, a partir del año 1820 desaparecen los gobiernos nacionales que habían existido desde 1810, de hecho o de derecho. Con la desaparición de ellos comienza la desorganización para llegar finalmente a la anarquía.²²⁰

Con el advenimiento del nuevo gobierno de Buenos Aires, desaparecen los Cabildos. La ruina de los mismos se corona el 24 de diciembre de 1821, con la Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires, presidida por Ignacio Álvarez, que promulgó el decreto del gobernador Martín Rodríguez, refrendado por el ministro Dr. Manuel José García, por imposibilidad de Rivadavia. Esto fue consecuente con la política centralista, prounitaria, de inspiración rivadaviana, por ese entonces predominante. La importancia y trascendencia de esta ley fue innegable; la misma decía: “La Honorable Junta

al virrey Marqués de Sobremonte, designando a Santiago de Liniers, el de Montevideo el 24 de Septiembre de 1808, que creó la Junta Autónoma de esa ciudad bajo el mando de Francisco Javier de Elío, que había sido destituido por Liniers, y el de Buenos Aires, del 22 de mayo de 1810, que con su histórico debate sentó las bases de nuestros principios políticos”

²²⁰ Hernández, Antonio (2003). “Derecho Municipal. Parte general”. En *Doctrina Jurídica*. N° 159. Ciudad de México: Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, págs.106 y ss; Alberdi, Juan Bautista (1994). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, pág. 146. “No viene, pues, de 1820 el desquicio del gobierno central de la República Argentina, sino de los primeros pasos de la Revolución de Mayo, que destruyó el gobierno unitario colonial deponiendo al virrey y no acertó a reemplazarlo por otro gobierno de carácter central”.

de Representantes de la Provincia, usando de la soberanía ordinaria y extraordinaria que reviste ha acordado y decreta con todo el valor y fuerza de ley lo siguiente: Art. 1: Quedan suprimidos los Cabildos hasta que la representación creyera oportuno establecer la ley general de las Municipalidades”.²²¹

Fue durante el período constitucional de formación del Estado argentino iniciado en 1853 cuando se pusieron sobre el tapete las ideas que reivindicaban al municipio.²²²

Esteban Echeverría debe ser reconocido como el primero que además de exponer con fuerza y amplitud un programa municipal, afirmó la necesidad de dar bases democráticas a las Municipalidades y destacó la trascendencia de su papel institucional dentro de la organización a dar al país. Las ideas del mismo sobre el tema deben buscarse en sus misivas a Pedro De Angelis. En la segunda carta publicada en la ciudad de Montevideo, en 1847, en respuesta a un artículo de De Angelis sobre el Dogma Socialista aparecido en el Archivo Americano y espíritu de la prensa del mundo, consideraba al municipio como una institución básica para el ejercicio de la soberanía popular y como la única capaz de darle al pueblo una educación democrática y participativa. Concebía al municipio como una organización compleja con funciones militares, educacionales, económicas y políticas, lo imaginó como una institución perfecta.²²³

²²¹ Sáenz Valiente, José María (1911). *Régimen Municipal de la Ciudad de Buenos Aires: su organización y funcionamiento desde 1810*. Buenos Aires: Imprenta y Casa Editora Adolfo Grau, pág. 79; Dífalco, Dardo (2013). “Derecho Público Provincial y Municipal. Algunas consideraciones sobre el municipio”. En *Anales*. Nº 43. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, pág. 307. “Con lo enunciado en el art. 1 se termina con los Cabildos y su secular competencia, para dar paso a las Municipalidades de delegación. Es decir, que se pretende pasar del gobierno municipal descentralizado típico del Derecho Hispano y de Indias al sistema de Municipalidades francés, propio de los regímenes unitarios. La gran crisis del municipalismo se va a extender hasta la organización constitucional del país de 1853”.

²²² Dífalco, Dardo (2013). “Derecho Público Provincial y Municipal. Algunas consideraciones sobre el municipio”. En *Anales*. Nº 43. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, pág. 307.

²²³ Dífalco, Dardo (2013). “Derecho Público Provincial y Municipal. Algunas consideraciones sobre el municipio”. En *Anales*. Nº 43. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y

Otro gran jurista argentino, productor de ideas emancipadoras en la construcción del Estado, fue Juan Bautista Alberdi. Sus ideas sobre el municipio se encuentran en “Las Bases”, en “Elementos del Derecho Público Argentino” y en su proyecto de Constitución para la provincia de Mendoza. Al igual que Echeverría, Alberdi veía en los municipios la base del régimen republicano argentino, el principio emancipador de los pueblos, el lugar donde puede ejercerse la participación de todos los que lo habitan. En su pensamiento estaban muy presentes las ideas de democracia que se quería para los pueblos americanos. Sin embargo, no consideraba a los municipios como pequeños Estados dentro de los órdenes más generales como eran las provincias y la Nación, estos con facultades políticas y económicas propias.²²⁴

Un paso importante en el desarrollo de la vida municipal fue el decreto dictado por el general Justo José de Urquiza el 2 de septiembre de 1852, que dispuso la creación de la Municipalidad para la Ciudad de Buenos Aires. El municipio era reconocido por Urquiza como una institución natural y necesaria de la cual todos los vecinos podían participar en su administración. Les asignó a los municipios el carácter de autónomos, teniendo, en su consecuencia, la libre administración de sus negocios. Además, les otorgó facultades en

Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, págs. 303 y ss. “Si bien ya Mariano Moreno en la primera década del siglo XIX había elaborado una doctrina sobre los municipios, fue Esteban Echeverría el primero en hacer un programa municipal con bases democráticas. El recuerdo de Echeverría como municipalista no se funda en las ideas contenidas en el Dogma Socialista, ya que en la Ojeada Retrospectiva que lo precede publicada en 1846 solo se encuentra una referencia incidental sobre el municipio, al señalar el sufragio y la representación en el distrito municipal como una de las bases de la democracia. Sus ideas están plasmadas en las cartas a De Angelis. Echeverría pues, ve en el municipio una institución casi natural, es una asociación de hombres y no un conjunto de ellos agrupados en el mismo hábitat. El municipio asocia, une a los hombres.”

²²⁴ Alberdi, Juan Bautista (1994). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, págs. 141 y ss; Hernández, Antonio (2003). “Derecho Municipal. Parte general”. En *Doctrina Jurídica*. N° 159. Ciudad de México: Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, págs. 113 y ss. “Alberdi veía a la organización municipal como punto de partida en la construcción de las instituciones democráticas”.

materia de higiene, educación, cuidado de escuelas, seguridad, colocación de inmigrantes, régimen carcelario.²²⁵

Al consagrarse en la Constitución Nacional Argentina de 1853 el régimen federal y la autonomía de las provincias federadas, el municipio recobró su antigua jerarquía y adviene, por conducto del artículo 5, en instituto de derecho público. La disposición del artículo 5 de la CN referida al régimen municipal ha sido completada por la Reforma Constitucional de 1994, con la introducción del artículo 123, que impone a las Constituciones provinciales asegurar la autonomía municipal y reglar el alcance y contenido de tal autonomía, tanto en el orden institucional y político como en el administrativo, económico y financiero. Hasta la sanción de la Reforma, las provincias podían regular el Régimen Municipal de acuerdo al criterio que consideraban más conveniente. Los principios de autonomía como de autarquía municipal resultan idóneos para cumplir con el mandato de la Constitución Federal. A partir de la Reforma de 1994, esta atribución provincial encuentra un nuevo límite dado que no solo debe asegurar el Régimen Municipal, sino que este debe estar diseñado de acuerdo con las estrictas pautas impuestas por la nueva norma constitucional. Los municipios que organice cada provincia deben ser autónomos y las características de esta autonomía deben estar insertas en el texto de las Constituciones Provinciales. De tal forma, se construye la atribución provincial de trazar otro marco constitucional para sus municipios.²²⁶

²²⁵ Sáenz Valiente, José María (1911). *Régimen Municipal de la Ciudad de Buenos Aires: su organización y funcionamiento desde 1810*. Buenos Aires: Imprenta y Casa Editora Adolfo Grau, págs. 131 y ss. "Este decreto marcó una nueva etapa en la historia municipal, pues en él desapareció la idea política quedando en pie tan solo su carácter administrativo"; Hernández, Antonio (2003). "Derecho Municipal. Parte general." En *Doctrina Jurídica*. N° 159. Ciudad de México: Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, págs. 109 y ss.

²²⁶ Sabsay, Daniel y Onaindía, José (1995). *La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la Reforma de 1994*. Buenos Aires: Editorial Errepar, págs. 33 y ss. "De la disposición del artículo 123 C.N. surge la obligación de las Provincias que no tengan incorporada la autonomía municipal a sus Constituciones, de adaptar sus textos a las nuevas exigencias impuestas"; Bidart Campos, Germán (1998). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Ediar, págs. 450 y ss. "Art. 5 CN.: Cada Provincia dictará para sí una constitución bajo el sistema representativo, republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, y que asegure su administración

La naturaleza de la Ciudad de Buenos Aires después de la Reforma de 1994 ha abierto una amplia discusión acerca de lo que significa régimen autónomo según el artículo 129 de la CN. Algunos sostienen que lo que es autónomo es el régimen pero no la ciudad en sí misma. Otros, en cambio, consideran autónoma a la Ciudad. Al afirmar que la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires no se equipara con las de las provincias, o sea es menor, requiere añadir que es más amplia o parcialmente distinta en comparación con los municipios. Actualmente la mayoría sostiene que la Ciudad de Buenos Aires es un municipio

de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el gobierno federal, garante a cada provincia el goce y el ejercicio de sus instituciones. (...) El vocablo régimen siempre fue un indicio claro de la autonomía municipal. (...) El art. 123 CN. establece: cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5, asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero. (...) Su equivalente era el art. 105, que solamente aludía al dictado de la propia constitución. La norma nueva explaya lo dicho en el art. 5, en la parte que obliga a las Provincias a asegurar el régimen municipal en sus Constituciones locales. Ahora se consigna expresamente el aseguramiento de la autonomía municipal, conforme al alcance y contenido que en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero debe prever la Constitución de cada provincia. Una dosis mínima es indispensable en las cinco esferas que señala el art. 123"; Difalco, Dardo (2013). "Derecho Público Provincial y Municipal. Algunas consideraciones sobre el municipio". En *Anales*. N° 43. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, pág. 308. "Debemos mencionar el artículo 75 inciso 30) de la CN, el cual dispone que entre las atribuciones del Congreso está la de ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines"; Hernández, Antonio (2003). "Derecho Municipal. Parte general". En *Doctrina Jurídica*. N° 159. Ciudad de México: Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, págs.117 y ss. "Del art. 5 de la CN se desprende que: a) los constituyentes sostuvieron el origen natural y necesario del municipio. b) que la Carta Magna impone un sistema democrático y electivo en el régimen municipal. c) que el régimen municipal implica la instauración de un poder público. d) que régimen municipal significa el establecimiento de gobiernos locales. e) en este artículo reside el fundamento jurídico-político de la autonomía municipal".

federado, porque como ciudad es sujeto de la relación federal y no demasiado diferente de lo que cierto vocabulario entiende por ciudad-estado.²²⁷

b) Leyes dictadas luego de la Constitución Nacional de 1853

La personalidad jurídica de los municipios ha sido incluida en la legislación de todo el proceso constitucional y de formación del Estado argentino. El mencionado decreto de Urquiza como director provisorio de la Confederación Argentina de 1852, anterior al dictado de la Constitución establecía en su artículo 2° lo siguiente: “La Municipalidad considerada como una asociación de familias unidas por intereses, bienes, derechos comunes a todos sus miembros, entra en la clase de persona civil, es capaz de contratar, de adquirir, de poseer, de obrar con justicia en los particulares”. Exactamente igual a este artículo es el introducido en la ley del 6 de mayo de 1853 sancionada en la ciudad de Santa Fe en el Congreso General Constituyente. Toda esta ley se refiere en lo sustancial al decreto de Urquiza.²²⁸

El 11 de octubre de 1854, el Congreso de la Provincia de Buenos Aires sancionó la Ley Orgánica Municipal de la Provincia de Buenos Aires N° 35. Para su redacción se creó una comisión en la sala de representantes que desarrolló el proyecto. La Ley llevó la firma de Felipe Lavallol, José A. Ocantos y Pastor Obligado. En su artículo 1°, creó una Municipalidad para la Ciudad de Buenos Aires en los límites de sus once parroquias, compuesta de 21 municipales y un vicepresidente. El Ministro de Gobierno sería el presidente de la organización. El artículo 2 estableció que “como persona civil es capaz de contratar, de adquirir, de poseer, de obrar con justicia como los particulares”. Es decir, que le otorgó carácter de persona jurídica al municipio. En este sentido, el municipio de la Ciudad de Buenos Aires era una persona de

²²⁷ Bidart Campos, Germán (1998). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Ediar, págs. 456 y ss; Sabsay, Daniel y Onaindía, José (1995). *La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la Reforma de 1994*. Buenos Aires: Editorial Errepar, págs. 387 y ss.

²²⁸ Sáenz Valiente, José María (1911). *Régimen Municipal de la Ciudad de Buenos Aires: su organización y funcionamiento desde 1810*. Buenos Aires: Imprenta y Casa Editora Adolfo Grau, págs. 151 y ss.

derecho pudiendo actuar en el ámbito del derecho privado como lo hacían las personas físicas. Esta Ley Orgánica Municipal estableció además una diferenciación entre la Capital y la Campaña.²²⁹

La Reforma Constitucional de 1860, condición para la reincorporación de Buenos Aires, modificó la referencia específica a la ciudad para precisar que la capital sería establecida por ley especial del Congreso. El 30 de septiembre de ese mismo año, el Congreso sancionó una nueva ley organizativa del régimen municipal de la Ciudad de Buenos Aires, a la que ahora se denominaba Capital Provisoria. La norma disponía la federalización del territorio de la Municipalidad, que estaría integrada por trece municipales titulares y cinco suplentes, manteniendo la integración de funciones ejecutivas y legislativas. Si bien esta ley no poseía ningún artículo que declarara expresamente la personalidad jurídica del municipio, le otorgaba tal carácter pues entendía que tenía capacidad para celebrar actos jurídicos como cualquier particular. En su artículo 10 disponía: “La Municipalidad es capaz de contratar, de adquirir, poseer y gestionar como cualquier particular...”²³⁰

El 2 de noviembre de 1865, por iniciativa provincial, se proyectó una reforma del régimen municipal. La ley llevó la firma de Mariano Acosta, Estanislao del

²²⁹ Recalde, Aritz (2009). *Autonomía o autarquía en las Municipalidades Bonaerenses*. Buenos Aires: Editorial Koyatun, págs. 72 y ss; Sáenz Valiente, José María (1911). *Régimen Municipal de la Ciudad de Buenos Aires: su organización y funcionamiento desde 1810*. Buenos Aires: Imprenta y Casa Editora Adolfo Grau, págs. 168 y ss. “La Ley de 1854 se dividió en dos grandes partes: la primera, organizaba la municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, mientras que la segunda se refería al régimen económico y administrativo de los partidos de campaña, colocándolo a cargo de la respectiva municipalidad”.

²³⁰ Honorable Concejo Deliberante (1960). *Evolución institucional del Municipio de la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires: Ediciones del Honorable Consejo Deliberante, págs. 46 y ss; Sáenz Valiente, José María (1911). *Régimen Municipal de la Ciudad de Buenos Aires: su organización y funcionamiento desde 1810*. Buenos Aires: Imprenta y Casa Editora Adolfo Grau, págs. 182 y ss. “La Batalla de Pavón, en la cual quedó victoriosa la provincia, es el epílogo de todos los disturbios que generaron la desunión. Disuelta la organización gubernamental de la Confederación, el país se reorganizó definitivamente de un modo constante y duradero. La nacionalidad argentina quedaba eternamente afianzada”; Botassi, Carlos (2010). *Breve historia del Derecho Público Bonaerense*. Anales N° 40, La Plata 2010, Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, págs. 71 y ss.

Campo, Mariano Saavedra y Pablo Cárdenas. La misma era conocida como la Nueva Ley abocada al régimen municipal y como lo indicaba su nombre, tenía como objetivo establecer el funcionamiento de la Municipalidad de Buenos Aires. Esta le otorgó a los municipios el derecho de celebrar actos jurídicos.

El régimen institucional de la Ciudad se mantuvo estable por once años, desde 1865 hasta el mes de octubre de 1876, ocasión en que la Legislatura provincial dictó la primera ley Orgánica de las Municipalidades. El título primero definía la constitución para Buenos Aires de la Municipalidad de la Capital, que estaría integrada por un Concejo Central y tantos Concejos Parroquiales como sea el número de parroquias. En el capítulo III, Libro VI, el artículo 93 hacía referencia a las atribuciones y deberes de las municipalidades.²³¹

El 23 de octubre de 1882, el Congreso sancionó la Ley 1260 sobre la Organización de la Municipalidad de la Capital de la República, que rigió con modificaciones menores hasta 1973. El Título III, Capítulo II, se titulaba “De la Municipalidad como persona jurídica”. En el inciso 1) del artículo 1 establecía: “La Municipalidad de la Capital de la República, en su carácter de persona jurídica, es el representante del actual municipio de la Ciudad de Buenos Aires con todos sus bienes y obligaciones”.²³²

²³¹ Honorable Concejo Deliberante (1960). *Evolución institucional del Municipio de la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires: Ediciones del Honorable Consejo Deliberante, págs. 46 y ss. “Los concejos estarían divididos en un Departamento Ejecutivo unipersonal y un Departamento Deliberativo compuesto por los demás miembros. El presidente del Consejo Central sería electo entre sus miembros por votación nominal y a simple mayoría. La ley preveía la existencia de los concejos parroquiales de Catedral al Norte, Catedral al Sud, San Miguel, San Nicolás, Socorro, Piedad, Monserrat, Concepción, Balvanera, San Telmo, Pilar, San Juan Evangelista, Barracas al Norte, San Cristóbal”; Sáenz Valiente, José María (1911). *Régimen Municipal de la Ciudad de Buenos Aires: su organización y funcionamiento desde 1810*. Buenos Aires: Imprenta y Casa Editora Adolfo Grau, págs.240 y ss.

²³² Sáenz Valiente, José María (1911). *Régimen Municipal de la Ciudad de Buenos Aires: su organización y funcionamiento desde 1810*. Buenos Aires: Imprenta y Casa Editora Adolfo Grau, págs. 267 y ss; Landau, Matías (2014). “La ciudad y sus partes: una historia de la institucionalidad local en la Ciudad de Buenos Aires”. En *Eure. Revista Latinoamericana de Estudios Urbano Regionales*. Volumen 40. N° 119. Santiago de Chile: Instituto de Estudios Urbanos y Territoriales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, págs. 152 y ss. “Los argumentos predominantes se apoyan en una visión muy frecuente en el pensamiento municipalista decimonónico, que concebía

En 1886 se promulgó la Ley Orgánica N° 1810, que llevó la firma de Adolfo González Chaves, Alberto Ugarte, Diego J. Arana, Neptalí Carranza, Nicolás Achaval y Carlos D'Amico. Esta ley fortaleció a los municipios y aumentó su autonomía administrativa.²³³

VII. La personalidad jurídica de los municipios en el Código Civil de Vélez Sarsfield

El pensamiento de Vélez Sarsfield fue un eco de la doctrina propuesta por el jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas, la doctrina de la romanista francesa redactora del Código de Napoleón y del pensamiento alemán en manos de Savigny.²³⁴

la municipalidad como una agrupación de individuos con intereses civiles en común, dados por sus relaciones de vecindad y sus vínculos económicos. No todos los habitantes de la ciudad eran considerados miembros de la municipalidad, sino solo los vecinos, que en el lenguaje de la época refería solo a aquellos que contribuían con la ciudad a partir de la paga de un impuesto directo.

²³³ Recalde, Aritz (2009). *Autonomía o autarquía en las Municipalidades Bonaerenses*. Buenos Aires: Editorial Koyatun, págs. 90 y ss. “Para la fecha de sanción de esta ley, el sistema político argentino entró en un proceso de conformación de sus rasgos sobresalientes a partir de los cuales ingresó en el siglo XX. El Estado Nacional se solidificó afianzando sus principales estructuras de funcionamiento administrativo y bajo este esquema, las provincias y las Municipalidades fueron desarrollando su perfil y sus competencias específicas relacionadas a los sucesos y leyes anteriormente mencionados. El esquema político municipal sigue haciendo clara la mención al ámbito local como lugar legítimo para el ejercicio del poder en temas administrativos. En términos políticos, continuó dependiendo directamente de la provincia, por ejemplo, en los temas de creación de Municipios o en las cuestiones concernientes al establecimiento de nuevos tributos para lo cual, las Municipalidades tenían que atender el esquema impuesto de la provincia.”

²³⁴ Vélez Sarsfield, Dalmacio (1865). *Proyecto de Código Civil Argentino*. Tomo I. Buenos Aires: Imprenta de la Nación Argentina, pág. (V). “La nota dirigida por Vélez Sarsfield al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, el 21 de junio de 1865. Respecto a las doctrinas jurídicas que he creído necesario convertir en leyes en el primer libro, mis guías principales han sido los jurisconsultos alemanes Savigny y Zacharie, la gran obra del Señor Serrigny sobre el Derecho Administrativo del Imperio Romano y la obra de Story Conflict of Laws.”

El artículo 274 del Esboço de Freitas establece que los municipios son personas jurídicas nacionales de existencia necesaria. El concepto de persona jurídica se encuentra comprendido dentro del concepto de persona de existencia ideal.²³⁵ Asimismo en el artículo 40 de la “Consolidação das leis civis” expresa que: “*As pessoas sao singulares, ou collectivas. Sao pessoas collectivas as cidades, villas, concellos, confrarias, cabidos, prior e convento, marido e molher, irmaos em uma herança; e outras semelhantes, que se-considerao como uma pessoa*”.²³⁶

Vélez Sarsfield, al seguir el pensamiento de Freitas, reguló en el artículo 31 del Código Civil Argentino que “las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible”. Además, dispuso en el artículo 33 que “las personas jurídicas, sobre las cuales el Código legisla, son las que, de una existencia necesaria o de una existencia posible, son creadas con objeto conveniente al pueblo” y estableció en el inciso 3) del mismo que los municipios son personas jurídicas. Este artículo fue derogado y modificado por la ley 17.711, y quedó redactado de la siguiente manera: “Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público: 1) El Estado Nacional, las provincias y los municipios; 2) Las entidades autárquicas; 3) La Iglesia Católica.”²³⁷

²³⁵ Freitas, Augusto (1952). *Código Civil. Esboço*. Volumen I. Brasil: E. Ministerio da Justiça e Negócios Interiores. Serviço da Documentação, págs. 161 y ss.

²³⁶ Freitas, Augusto (1876). *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Editorial Garnier, pág. 32.

²³⁷ Schipani, Sandro (2007). *Código Civil de la República Argentina*. Con la traducción de Ildelfonso García del Corral de las fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sársfield en las notas. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, págs. 18 y ss; Difalco, Dardo (2013). “Derecho Público Provincial y Municipal. Algunas consideraciones sobre el municipio.” En *Anales*. Nº 43. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, pág. 310. “El Código Civil, según las prescripciones del art. 75, inc. 12, atribuciones del Congreso, fue sancionado en el año 1869 y con vigencia en todo el país a partir de 1870. Dicha legislación, sobre la base del Proyecto del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, dio al derecho privado la normalización necesaria y brindó también la adecuada normalización al *ius civile*, base de la sociabilidad y convivencia argentina. El precitado Código, como legislación de fondo, en su artículo 33, distingue a las personas jurídicas en dos grupos: a) personas jurídicas de existencia necesaria y b) personas jurídicas de existencia posible. Las primeras son indispensables para la organización social y política de un país y al enumerarlas, el Código comienza con 1) El Estado; 2) Las Provincias; 3) Los Municipios.”

En la nota del artículo 33 del Código Civil, Vélez sostenía que las municipalidades actuaban como personas jurídicas en el ámbito del derecho privado igual que las relaciones jurídicas que se podían dar entre particulares. También indicaba como antecedente doctrinario la obra de Serrigny sobre derecho administrativo del Imperio Romano. En ella este afirmaba lo siguiente: “Desde la más remota antigüedad las municipalidades han formado personas morales o jurídicas, y en esta calidad han sido reconocidas capaces de adquirir y poseer bienes”.²³⁸

A su vez, nuestro legislador se vio influenciado por las ideas de la escuela romanista francesa redactora del Código de Napoleón, la misma afirmaba la personalidad jurídica de los municipios.²³⁹

Al efectuar un rápido análisis de nuestro Código Civil derogado, podemos citar algunos artículos que hacían referencia a las municipalidades:

- Art. 1624: “El servicio de las personas de uno y otro sexo que se conchabaren para el servicio doméstico, será juzgado por las ordenanzas municipales o policías de cada pueblo...”.
- Art. 1647: “Los empresarios constructores son responsables por la inobservancia de las disposiciones municipales o policiales, de todo daño que se causen a los vecinos”.

²³⁸ Vélez Sarsfield, Dalmacio (1865). *Proyecto de Código Civil Argentino*. Tomo I. Buenos Aires: Imprenta de la Nación Argentina, págs. 14 y ss. “El Derecho Romano reconocía en las municipalidades una persona moral capaz de adquirir bienes y contraer obligaciones. La ley permite el embargo de los deudores a una municipalidad y a su turno si la municipalidad era condenada, el acreedor podía hacerse de la posesión de bienes municipales y obtener un decreto para hacerlos vender. Esto prueba que los bienes municipales pertenecían a una persona igual a las demás en razón de sus bienes, derechos y obligaciones”.

²³⁹ Capitant, Henry (1912). *Introduction a l' étude du droit civil. Notions Générales*. París: Editorial A. Pedone, págs. 158 y ss, pág.s 185 y ss. “Los municipios tienen todos los rasgos de las personas jurídicas como ser la pérdida de la individualidad de todos los elementos componentes, la existencia de intereses colectivos permanentes cuya satisfacción debe observarse”; Planiol, Marcel y Ripert, Georges (1925). *Traité Pratique de Droit Civil Français*. Tomo I. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, págs. 69 y ss. “Ciertas circunscripciones administrativas territoriales se hallan dotadas de personalidad. Así es en cuanto a los departamentos, municipios y a las secciones de municipios”.

- Art. 2069: “Las loterías y rifas, cuando se permitan, serán regidas por las respectivas ordenanzas municipales o reglamentos de policía”.
- Art. 2344: “Son bienes municipales los que el Estado o los Estados han puesto bajo el dominio de las municipalidades. Son enajenables en el modo y forma que las leyes especiales lo prescriban”.
- Art. 2535: las Municipalidades se benefician con el producto líquido del remate de las cosas perdidas.
- Art. 2575: entrega al patrimonio municipal el aluvión formado por un río confinante con algún camino público comunal.
- Arts. 2639, 2640, 2645 y 2646: se refieren a la calle que deben dejar todo ribereño y cuyo ancho se puede modificar cuando el río atraviesa una ciudad y a la prohibición de hacer concesiones de agua en perjuicio de los demás ribereños.
- Art. 2729: concede a las Municipalidades el derecho de fijar la altura de las paredes divisorias.
- Art. 2839: “El usufructo no puede establecerse sobre los bienes del Estado o de los Estados o de las municipalidades, sin una ley especial que lo autorice”.
- Arts. 3655, 3689 y 3690: hacen referencia a la posibilidad de hacer testamento por acto público frente a los miembros de las municipalidades.
- Arts. 3879 inc. 2), 3880 inc. 5), y 3901: tratan sobre los privilegios de ciertos créditos municipales provenientes de impuestos adeudados.

En todos estos artículos mencionados queda demostrada la personalidad o personería legal de las municipalidades como entidades de derecho.²⁴⁰

²⁴⁰ Sáenz Valiente, José María (1911). *Régimen Municipal de la Ciudad de Buenos Aires: su organización y funcionamiento desde 1810*. Buenos Aires: Imprenta y Casa Editora Adolfo Grau, págs. 559 y ss. “El Código de Comercio redactado por Acevedo y revisado por Vélez contenía muy pocas disposiciones relacionadas con el régimen municipal (Arts. 1539 y 1540). Se refería a las quiebras de empresas que explotaban concesiones municipales o servicios de carácter municipal. Autorizaba los protestos ante la autoridad municipal en ciertos y determinados casos (Arts. 715, 716 y 1430). Privilegiaba los créditos municipales por impuestos adeudados para el caso de quiebras (art. 1472, inc. 6), y establecía que los títulos de renta pública emitidos por las municipalidades estaban sometidos a la ley de su creación, en cuanto a sus efectos orgánicos y a la disposición de aquél, en cuanto no estatuyan las leyes especiales (art. 743)”; Dífalco, Dardo

El Código Civil de Vélez, al igual que la legislación posterior a la Constitución Nacional, consideraba a los municipios como personas jurídicas pudiendo ejercer en el ámbito del derecho privado los derechos y obligaciones como si fueran una persona de existencia visible. El derecho romano, a través del pensamiento de Freitas y los juristas alemanes y franceses, se encontraba plasmado una vez más en nuestra legislación.

VIII. Los municipios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina regula en general a las personas jurídicas, que comprende tanto a personas jurídicas públicas como a las privadas, en el Libro I “Parte General”, en el Título II, “Persona jurídica”, en el Capítulo I “Parte General”, en los artículos 141 hasta el artículo 167, en donde establece normas que se aplicarán sobre todas las personas jurídicas en cuanto no haya normas especiales para cada persona jurídica en particular.²⁴¹

El artículo 141 de este cuerpo legal define a las personas jurídicas como “los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere actitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”. La doctrina por la que la personalidad jurídica obedece a una concesión del ordenamiento jurídico contradice la postura de los redactores del proyecto de 1998, quienes interpretaban que la personalidad jurídica es una realidad social, un fenómeno social, que por su importancia y trascendencia es objeto de regulación por el derecho. Este artículo pone en claro que es el ordenamiento jurídico el que le otorga a las personas jurídicas aptitud para

(2013). “Derecho Público Provincial y Municipal. Algunas consideraciones sobre el municipio”. En *Anales*. Nº 43. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, págs. 310 y ss. “El Código de Comercio de 1889 contenía referencias a las municipalidades en el Título X “Del contrato y letras de cambio”, arts. 715 y 716 y en el Libro IV, respecto a las quiebras, también citaba a las comunas en los arts. 1359 y 1472, inc. 6)”

²⁴¹ Rodríguez Acquarone, Pilar (2015). “Personas Jurídicas. Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación”. En *Revista del Notariado*. Nº 920. Buenos Aires: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, págs. 109 y ss.

adquirir derechos y contraer obligaciones, en consonancia con el artículo 144 del CCC, que incorpora la inoponibilidad de la personalidad jurídica en caso de realizar actos con fines ajenos o extraños a los que motivaron su creación y al cumplimiento de su objeto. Se ratifica el principio de especialidad de la persona jurídica. Denota la influencia doctrinaria que estima el efecto de la separación patrimonial, que es derivada de la personalidad diferenciada, como un privilegio de excepción al patrimonio único de las personas como atributo de la personalidad, para poder de esta manera emprender y crear fuentes de trabajo, riqueza y bien común para toda la comunidad. Si comparamos el artículo 141 del nuevo Código con el viejo artículo 35 del Código Civil de Vélez que expresaba “que las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución adquirir los derechos que éste Código establece, y ejercer los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido”, se puede apreciar que la definición dada por Vélez era más amplia que la actual, ya que abarcaba los actos que la entidad misma calificaba como útil para su institución.²⁴²

²⁴² Bueres, Alberto (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, pág. 141 y ss. “El CCC ha eliminado el concepto genérico de persona, que englobaba tanto las personas físicas como las jurídicas, establecido en el artículo 30 del Código Civil. Al otorgarle contenido al concepto de persona, el legislador tuvo como única finalidad señalar quienes podían ser sujetos de derecho. Es decir, a quienes consideraba sujetos de derecho el ordenamiento jurídico. Por ello, en esta conceptualización los términos claves son ‘entes susceptibles’ y ‘adquirir’. El primero hace referencia a todo ser (ente y ser tienen el mismo significado) con capacidad para adquirir derechos y obligaciones. La denominación de personas de existencia ideal o visible incorporada en el artículo 31 del Código de Vélez, se originaba en Freitas conforme su nota 16 y la redacción del artículo 17 de su Proyecto. El artículo 31 de nuestra legislación civil completaba al artículo 30, del mismo modo que lo había hecho el Esboço, sin dejar de advertir que el jurista brasileño siguió a su vez a Savigny, afirmando en la nota a) al Título I que: los jurisconsultos franceses y españoles no se ocupan de las personas morales; pero en Savigny, se encontrará extensamente tratada la materia (T. 2 del Derecho Romano). De él ha tomado Freitas las doctrinas que forman las bases del título que se proyecta, el cual seguimos a la letra”; Rodríguez Acquarone, Pilar (2015). “Personas Jurídicas. Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación”. En *Revista del Notariado*. N° 920. Buenos Aires: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, págs. 110 y ss.

El artículo 145 del CCC dispone que “las personas jurídicas son públicas o privadas”. La nueva redacción difiere de la anterior expresada en el artículo 33 del Código de Vélez, en tanto y en cuanto modifica el término “pueden ser” por “son”, reafirmando que solo existen dos clases de personas jurídicas. La metodología para el tratamiento de las personas jurídicas públicas y privadas varía notablemente. Dado que el artículo 145 del CCC se desagrega de la enunciación de las distintas personas jurídicas públicas o privadas. Esto permite que trate las personas jurídicas públicas y las privadas en normas individuales.²⁴³

El artículo 146 establece como personas jurídicas públicas: “a) al Estado Nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter; b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable; c) la Iglesia Católica”. Existen diferencias con los artículos 33 y 34 del viejo Código Civil, que señalaban como personas jurídicas públicas a las siguientes: al Estado Nacional, las provincias, los municipios, las entidades autárquicas, los estados, provincias, municipios, establecimientos, asociaciones y corporaciones extranjeros.²⁴⁴

Además, el artículo 148 del CCC enumera de manera no taxativa sino meramente enunciativa a las personas jurídicas privadas y el artículo 149 aborda la participación del Estado en personas jurídicas privadas.²⁴⁵

²⁴³ Bueres, Alberto (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, págs. 158 y ss.

²⁴⁴ Bueres, Alberto (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, págs. 159 y ss.

²⁴⁵ Rodríguez Acquarone, Pilar (2015). “Personas Jurídicas. Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación”. En *Revista del Notariado*. Nº 920. Buenos Aires: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, pág. 114; Bueres, Alberto (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, pág. 160.

IX. Conclusiones

La concepción del municipio como persona jurídica o persona de existencia ideal no existió en los primeros tiempos en el derecho romano arcaico hasta la etapa del derecho clásico; esta apareció recién en el derecho postclásico con Justiniano, y fue desarrollada posteriormente en la modernidad.

El Nuevo Código Civil y Comercial incorpora dentro de las personas jurídicas públicas a los municipios ya que tiene su tradición en el derogado Código Civil de Vélez en el artículo 33 y su nota, por lo tanto continua plasmado el origen romanista de esta institución.

X. Bibliografía

Alberdi, Juan Bautista (1994). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra.

Arangio Ruiz, Vicente (1994). *Historia del Derecho Romano*. Traducción de la 2º edición italiana por Francisco de Pelsmaecker e Ibáñez, de *Storia di Diritto Romano*, Madrid: Editorial Reus.

Arangio Ruiz, Vicente (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción al español de la 10º edición italiana por J. M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Editorial Depalma.

Arias, José (1930). *Grecia y Roma. Sus instituciones, bosquejo histórico-jurídico*. Buenos Aires: Editorial R. Suárez Baconé.

Aulo Gelio (1959). *Noches Áticas*. Traducción del latín por Francisco Navarro y Calvo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Bidart Campos, Germán (1998). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Ediar.

Bielsa, Rafael (1940). *Principios de régimen municipal*. Buenos Aires: Editorial Depalma.

Botassi, Carlos (2010). “Breve historia del Derecho Público Bonaerense”. En *Anales*. N° 40. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Bueres, Antonio (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Capitant, Henry (1912). *Introduction a l' étude du droit civil. Notions Générales*. París: Editorial A. Pedone.

Caramés Ferro, José M. (1963). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Perrot.

De Hinojosa y Naveros, Eduardo (1974). *Obras de Estudios de Síntesis*. Tomo III. Madrid: Editorial del Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Difalco, Dardo (2013). “Derecho Público Provincial y Municipal. Algunas consideraciones sobre el municipio”. En *Anales*. N° 43. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Di Pietro, Alfredo (1967). *Institutas de Gayo*. Texto traducido con notas de autor. La Plata: Editorial Librería Jurídica.

Di Pietro, Alfredo (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Editorial Depalma.

Echeverría, Esteban (1963). *Las Ideas de Esteban Echeverría sobre la Institución municipal en Evolución Institucional del Municipio de la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires: Ediciones del Honorable Consejo Deliberante.

Faya Viesca, Jacinto (1997). “Visión histórica del municipio como institución política”. En *Homenaje de maestros de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*. Ciudad de México : Editorial Porrúa.

Fernández de Buján y Fernández, Antonio (2002). *Derecho Público Romano*

y recepción del Derecho Romano en España, Europa e Iberoamérica. Madrid: Civitas Ediciones SL.

Freitas, Augusto (1952). *Código Civil. Esboço*. Volumen I. Brasil: Editorial Ministerio da Justiça e Negócios Interiores. Serviço da Documentação.

Freitas, Augusto (1876). *Consolidação das leis civis*. Río de Janeiro: Editorial Garnier.

Fustel de Coulanges, Numa (1996). *La Ciudad Antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.

García del Corral, Ideofonso (1897). *Cuerpo de Derecho Civil Romano (Corpus Iuris Civilis)*, Barcelona: Editorial Lex Nova (reimpresión).

Guizot, Francois (1990). *Historia de la Civilización en Europa*. Traducción al español de Fernando Vela. Salamanca: Editorial Alianza.

Hernández, Antonio (2003). “Derecho Municipal. Parte general”. En *Doctrina Jurídica*. N° 159. Ciudad de México: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Honorable Concejo Deliberante (1960). *Evolución institucional del Municipio de la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires: Ediciones del Honorable Consejo Deliberante.

Kunkel, Wolfgang (1999). *Historia del Derecho Romano*. Traducción al español por Juan Miquel. Barcelona: Editorial Ariel Derecho.

Landau, Matías (2014). “La ciudad y sus partes: una historia de la institucionalidad local en la Ciudad de Buenos Aires”. En *Eure. Revista Latinoamericana de Estudios Urbano Regionales*. Volumen 40. N° 119. Santiago de Chile: Instituto de Estudios Urbanos y Territoriales de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Lapieza Elli, Ángel (1981). *Historia del Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.

Levene, Ricardo (1992). *Revista de Historia del Derecho*. N° 29. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. Gioja, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Llambías, Jorge (1995). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Abeledo- Perrot.

López, J. F. (1873). *Estudio Político de la República Argentina y un Cuadro Histórico del Gobierno Municipal de los pueblos romanos y germánicos*, Buenos Aires. Editorial Sociedad Anónima de Tip. Litograf. y Fund.

Maynz, Carlos (1892). *Curso de Derecho Romano*. Traducido al español por Antonio José Pou y Ordinas. Barcelona: Editor Jaime Molinas.

Mommensen, Theodor (1893). *Compendio de Derecho Público Romano*. Traducido del alemán por P. Dorado. Madrid: Editorial La España Moderna.

Posada, Adolfo (1936). *El Régimen Municipal de la Ciudad Moderna*. Madrid: Editorial Librería General Victoriano Suárez.

Planiol, Marcel y Ripert, Georges (1925). *Traité Practique de Droit Civil Francais*. Tomo I. París: Editorial Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Recalde, Aritz (2009). *Autonomía o autarquía en las Municipalidades Bonaerenses*. Buenos Aires: Editorial Koyatun.

Reglá Campistol, Juan (1978). *Historia de la Edad Media*. Barcelona: Editores Montaner y Simón.

Rivera, Julio César (1995). *Tratado de Instituciones Derecho Civil*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

Rodríguez Acquarone, Pilar (2015). “Personas Jurídicas. Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación”. En *Revista del Notariado*. N° 920. Buenos Aires: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Sabsay, Daniel y Onaidia, José (1995). *La Constitución de los Argentinos*.

Análisis y comentario de su texto luego de la Reforma de 1994. Buenos Aires: Editorial Errepar.

Saéz Valiente, José María (1911). *Régimen Municipal de la Ciudad de Buenos Aires: su organización y funcionamiento desde 1810.* Buenos Aires: Imprenta y Casa Editora Adolfo Grau.

Savigny, Friedrich (1879). *Sistema de Derecho Romano Actual.* Traducido del alemán por M.Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Francisco de Góngora.

Torrent Ruiz, Armando (1995). *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes.* Zaragoza: Editorial Edisofer.

Torrent Ruiz, Armando (1995). *Manual de Derecho Privado Romano,* Zaragoza: Cooperativa de Artes Gráficas.

Schiapani, Sandro (2007). *Código Civil de la República Argentina. Con la traducción de Ildefonso García del Corral de las fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sarsfield en las notas.* Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni.

Vázquez, Humberto (1986). *El nuevo municipio mexicano.* Ciudad de México: Editorial de la Secretaría de Educación Pública, Serie Foro 2000.

Vélez Sarsfield, Dalmacio (1865). *Proyecto de Código Civil.* Tomo I. Buenos Aires: Imprenta de la Nación Argentina.

El curador y los intereses de la persona con discapacidad en materia de salud sexual y reproductiva²⁴⁶

Por Julieta Salomé Rodríguez²⁴⁷

I. Introducción

El propósito de este trabajo es analizar el instituto de la curatela y su evolución desde el derecho romano a la actualidad, en el marco de un fallo judicial en el cual se pone en evidencia la importancia de respetar el derecho a la libertad individual y a la autodeterminación personal de las personas con discapacidad, así como también el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, que integran el derecho personalísimo a la salud integral.

²⁴⁶ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Una mirada romanista a la parte general del Código Civil y Comercial de la Nación” que se desarrolla en UFLO Universidad bajo la dirección de la Profesora Mirta Beatriz Álvarez.

²⁴⁷ Estudiante de la carrera de Abogacía de UFLO Universidad.

II. Antecedentes y fundamentos del fallo

El fallo bajo análisis es una resolución del 26 de mayo de 2015 de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, Provincia de Buenos Aires, en los autos caratulados A., V. A. s/Insania y Curatela (Expte. 4449-2007).²⁴⁸ En el mismo, el juez de primera instancia, Dr. Rodolfo Sheehan, rechazó el pedido efectuado por la Curadora Oficial, referente a la realización de una intervención de contracepción quirúrgica a una persona con discapacidad.

En sus fundamentos, expuso que la práctica quirúrgica solicitada conlleva a la esterilización, motivo por el cual no es posible llevarla a cabo por razones eugenésicas; sino que, atento a la trascendencia de la misma para la salud y la integridad física de la causante, resulta judiciable cuando median razones terapéuticas, o bien, cuando la incapacidad de la misma le impida ejercer de modo adecuado sus derechos sexuales y reproductivos.

Sostuvo, además, que no habían quedado probadas las razones terapéuticas que justificaran la realización de la intervención solicitada, la que entendió “constitucionalmente inadmisibles”, y fundamentó que la falta de contracción al cuidado de su propia salud por parte de V., no podía ser considerada como una razón suficiente para autorizar la práctica, puesto que no aparece como la única alternativa posible, ya que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD) exige optar por las medidas menos gravosas y restrictivas de la libertad, dignidad y autonomía de la persona, en lugar de la realización de prácticas invasivas para la persona con discapacidad, lo que llevó a disponer la colocación de un dispositivo intrauterino (DIU) a V.

Es de destacar que el juez de primera instancia emitió su resolución sin oír a V., lo que implica una violación de la garantía del debido proceso en cuanto al derecho a ser oído. En todo proceso judicial siempre debe oírse la opinión de la persona interesada, aun tratándose de una persona incapaz de ejercicio, respecto de todo aquello que hace al ejercicio de sus derechos personalísimos. Los representantes implementan acciones para que la persona tutelada ejerza sus derechos, pero no los ejercen por ella. No oír las opiniones y deseos de la persona incapaz de ejercicio es efectuar una discriminación que contraría derechos fundamentales y humanos.

²⁴⁸ A.V.A s/Insania y Curatela - Cámara Civil y Comercial de Junín 26/05/2015. Thomson Reuters. Cita Online AR/JUR/17768/2015.

La Curadora Oficial de Alienados, Dra. Lorena Raquel Sarquís, en su rol de curadora definitiva de V. A. A, interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en relación, y cuestionó inicialmente en su memorial que el *a quo* haya considerado que la ligadura de trompas de Falopio requerida importara una práctica inconstitucional.

Sostuvo también que se vulneró el derecho a ser oído, en cuanto V. no fue escuchada por el juez en forma previa al dictado de la decisión, lo que impidió conocer su opinión, pedido, deseos y necesidades.

Además, destacó que el *a quo* agregó requisitos no contemplados en la Ley 26.130 (ley que regula el régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica) al exigir, para conceder la autorización requerida, razones terapéuticas o una incapacidad de tal grado que impida el ejercicio de los derechos sexuales o reproductivos.

Explicó que, en su carácter de representante legal de V. A., no debía sustituir la voluntad de la misma por su criterio personal acerca de que es lo que más le conviene a ella, sino que debía escucharla, brindarle las explicaciones necesarias, evacuar sus dudas y oficiar de apoyo en su propia decisión de requerir la intervención contraceptiva. Añadió que la solicitud de autorización judicial para la ligadura de trompas de Falopio fue consecuencia de un pedido espontáneo de V. y de su progenitora, y que este pedido fue sostenido por V. ante los profesionales del equipo interdisciplinario del juzgado de familia.

Además, manifestó que V, a pesar de todas sus limitaciones intelectuales, familiares y sociales, entendía que no podía sostener la crianza de un hijo. Y luego de hacer referencia a las condiciones de vida de V. sostuvo que no se le podía pedir mayor acto de conciencia que el de solicitar la medida, que demostraba el entendimiento de su situación.

Por último, recalcó que la colocación de un dispositivo intrauterino dispuesta por el juez de primera instancia, en modo alguno dejaba a V. a resguardo de un embarazo, debido a que la falta de controles médicos adecuados conspiraba contra la eficacia anticonceptiva del mismo.

La Alzada, luego de escuchar a V. y de realizar un informe interdisciplinario, hizo lugar al recurso y autorizó la ligadura de trompas de Falopio a V., dejando a salvo que la práctica médica debía realizarse de forma tal que asegurara la posibilidad de una reversión posterior.

Los jueces de Cámara fundamentaron su postura principalmente en lo dispuesto por las leyes 26.130 y 26.657 y por la Convención sobre Personas con

Discapacidad (CDPCD). En estas fuentes se destacan las siguientes definiciones:

La Ley 26.130, que establece el régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica, define su objeto, el cual consiste en que toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas “ligadura de trompas de Falopio” y “vasectomía” en los servicios del sistema de salud y los requisitos para acceder a las mismas; que debe tratarse de persona capaz, mayor de edad que requiere formalmente la práctica y brinde de forma previa e inexcusable su consentimiento informado. Establece en su artículo tercero la excepción referida a las personas con discapacidad, declarada judicialmente, para las cuales fija como requisito ineludible la autorización judicial solicitada por el representante legal de aquella.

Esta última exigencia se verifica en los hechos del caso bajo análisis. Y, además, en esta instancia, se pudo comprobar que el pedido respondía a la voluntad de V., que entendía que la práctica tenía como consecuencia la imposibilidad permanente de procrear.

Por su parte, la Ley 26.657, ley nacional de Salud Mental, establece en su artículo primero que uno de sus objetivos es asegurar el pleno goce de los derechos humanos de las personas con padecimiento mental.

Esta legislación sigue los lineamientos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD), plexo normativo que adquirió jerarquía constitucional con la sanción de la Ley 27.044 y cuyo propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno, y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, por parte de todas las personas con discapacidad, y además, promover el respeto de la dignidad inherente a ellas.

De esta exposición, concluye el primer juez opinante, Dr. Castro Durán, se manifiesta claramente que la finalidad perseguida en el reconocimiento del derecho a la esterilización anticonceptiva a las personas con discapacidad, no radica únicamente en evitar embarazos, sino también en remover todo obstáculo que les impida a las mismas el efectivo goce del derecho a la salud sexual, en igualdad de condiciones con las demás personas.

Por su parte, en el desarrollo del voto realizado por el segundo juez, Dr. Guardiola, este indica que la ley 25.673, de Salud Reproductiva, reconoce a las personas con discapacidad los mismos derechos que al resto de las personas y destaca que en la Convención para los Derechos de las Personas con Discapacidad se les reconoce el derecho a mantener su fertilidad en igualdad de condiciones con las demás personas.

En consecuencia, introduce en su voto, que es en igual sentido que el juez preopinante, la propuesta de que se incluya en la notificación a cursarse a las autoridades sanitarias que la intervención de ligaduras de trompas, sin afectar su efectividad, se realice de forma tal de asegurar en la medida que la buena praxis médica recomienda, la posibilidad de una reversión ulterior.

La tercera jueza votó en el mismo sentido, por lo que se hizo lugar al recurso de apelación, se revocó la sentencia de primera instancia y se autorizó la ligadura de trompas solicitada por la Curadora Oficial de Alienados, con la salvedad mencionada en el párrafo anterior.

II. La curatela en el derecho romano²⁴⁹

El curador es la persona que tiene la potestad de administrar los bienes de aquellos que no pueden administrar sus negocios, de tal modo que se da más en relación con el cuidado de los bienes que con el de la persona.

La Ley de las XII Tablas organizaba la curatela, únicamente para remediar a los incapacitados accidentales: la de los *furiosi* y la de los pródigos. Más tarde y a título de protección, fue extendida a los *mente capti*, a los sordos y mudos y a las personas atacadas de enfermedades graves, acabando también por aplicar la curatela a una incapacidad de otro orden, a los menores de veinticinco años.

El derecho romano hizo distinción entre el *furiosi* y el *mente capti*. El primero era el completamente privado de razón, tuviera o no intervalos lúcidos, en tanto que el segundo era el poseedor de un poco de inteligencia o de facultades intelectuales escasamente desarrolladas. Pero al ocuparse la ley decenviral únicamente del *furiosus sui iuris* y púber (sin la protección, consecuentemente, de un *pater familias* o de un tutor), determinó que quedara sometido a la curatela legítima de los agnados y, en subsidio, de los gentiles, quedando claro que desde el momento mismo de la manifestación de la locura en el púber *sui iuris* se abrían las puertas a la curatela sin la necesidad de previo decreto de interdicción judicial. En la época clásica, a falta de curador

²⁴⁹ Esta sección está basada en una síntesis de la ponencia presentada en el XI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Morón (1998), por Mirta Beatriz Álvarez con el título de "Las Relaciones Familiares y el amparo a los miembros de la familia. La Curatela."

legal, o en el caso de que fuera inepto, se proveía curador por nombramiento del magistrado.

Al curador del *furiosus* le asistía la obligación tanto de administrar los bienes de este como de velar por su curación, sin que el pupilo, mientras durara la locura, pudiera ejecutar acto jurídico alguno, por lo que, contrario *sensu*, al recobrar toda su capacidad intelectual, podía obrar por sí solo como si nunca hubiera estado loco.

En suma, tratándose del *furiosus*, el curador debía limitarse en cuanto a los bienes a administrarlos sin llegar a la *auctoritas*, quedando con la obligación de rendir cuentas al concluir la curatela e, incluso, en todas las ocasiones en que el pupilo, por recobrar la cordura, reclamaba la administración de sus bienes.

Debido a los pretores la curaduría en mención se extendió a personas urgidas de protección por padecimiento de enfermedades permanentes, como los *mente capti*, los sordos, los mudos, y, en general, todos aquellos que a raíz de enfermedades graves y, pese a ser púberes *sui iuris*, no estaban en condiciones de velar personalmente por sus intereses.

Antes de comenzar su gestión, los curadores debían cumplir las mismas formalidades que los tutores. Así pues, debían dar *satisfatio* (fianza). Dadas las características de la institución, no se puede saber con antelación por qué daños y por qué monto podrá ser responsabilizado el curador. Por ello, la *satisfatio* no se puede cumplir dando algo en prenda, o depositando dinero, ni oro ni plata, sino que se necesitan fiadores que se comprometan personalmente a responder por la responsabilidad del curador.

Hay dos excepciones, la primera respecto de los curadores dados por testamento, que se explica por cuanto la *fides* y la *diligentia* están aprobadas por el testador.; la segunda, respecto de los curadores nombrados por el magistrado previa *inquisitio* (investigación), por cuanto mediante ella se los ha elegido como idóneos u honestos.

El curador administra y no da *auctoritas*. Obra mediante la *gestio* (como un mandatario del pupilo, pero no es un contrato sino un *quasi ex contractu*) pues en la persona del pupilo no hay insuficiencia jurídica sino fáctica que cubrir.

En cuanto a la forma de nombrar curador, primero se atendía a la voluntad del testador (dativa), en defecto de ella, la Ley de las XII Tablas consagraba que se nombrara a los agnados (legítima); pero si aún no se lograba un curador, se permite al pretor y al *Praefectus urbis* en Roma y a los gobernadores en las provincias, nombrarlo.

Para que sea regular la dación de curador por testamento (dativa) es necesario

que exista la *testamenti factio*, activa y pasiva con aquel que es designado, y que debe ser claramente especificado. No se puede dar curador incierto. Puede ser renunciada mediante la *abdictio*, a diferencia de lo que ocurre en la curatela legítima en que solo puede hacerse uso de la *in iure cessio*.

Tanto el *curator furiosi* como el *curator prodigi* permanecen en el cargo mientras subsistan las particulares condiciones por las cuales se los nombró. En ambos casos, responden frente a la persona liberada de la curatela o ante sus herederos, con una *actio negotiorum gestorum utilis*, que se distingue de la acción normal, en cuanto presupone una gestión no voluntaria sino impuesta como deberes del cargo; y hacen valer las eventuales pretensiones de indemnización con un *indictum contrarium*.

Más tarde, el curador quedó obligado por la *actio negotiorum gestorum directa* (debiendo en consecuencia rendir cuentas) y tuvo para reembolsarse de sus anticipos la *actio negotiorum contraria*.

III. La curatela en el Código Civil y Comercial²⁵⁰

La institución de la curatela no varió demasiado desde el derecho romano al Código Civil de Vélez. El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), en su actual redacción, regula la tutela y la curatela en el capítulo 10, denominado “Representación y Asistencia”. En la sección 1° alude a las disposiciones generales, en la sección 2° a la tutela y en la tercera a la curatela, estableciendo como principio general en el artículo 138 que se le aplican a la curatela las reglas de la tutela no modificadas por la sección específica.

A continuación, se declara en el mencionado artículo que la principal función del curador es la de cuidar a la persona incapaz y sus bienes, y tratar de que recupere su salud. A tal fin se destinarán preferentemente las rentas de los bienes de las personas protegidas.

La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela. Asimismo, los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida. Todas estas designaciones requieren aprobación judicial.

²⁵⁰ Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo 1, Buenos Aires: Infojus, pág. 205 y ss.

A falta de designación, el juez puede nombrar, teniendo en cuenta la idoneidad moral y económica, al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger, según quien tenga mayor aptitud.

Es de destacar que, mediante esta nueva regulación, y la prevista en los artículos 22 a 50 del capítulo 2° del CCyCN, que se titula “Capacidad”, se buscó adecuar el derecho positivo a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). De allí la transformación de un sistema estático de protección, a otro representativo, elástico y proporcional a la extensión de la limitación y a la capacidad del sujeto. Se distingue, de este modo, la capacidad de derecho (aptitud para la mera titularidad de las relaciones jurídicas) de la capacidad de ejercicio (aptitud de ejercer por sí los derechos). Se intenta *aggiornar* las normas referentes a los niños, niñas y adolescentes y a las personas con discapacidad a la cambiante sociedad y a la multiplicidad de realidades. Por ello se hace alusión reiteradamente a términos como “edad y grado de madurez”, “capacidad progresiva” y “derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta”. Asimismo, se da cuenta de que la representación ya no resulta un sistema rígido y hermético, como sí lo era en el Código Civil de Vélez. El representante no puede tomar las decisiones únicamente basándose en su iniciativa, sino que debe atender a los deseos de la persona por quien actúa. El sistema se ha establecido en beneficio exclusivo de la persona representada.

El artículo 101 establece que son representantes de las personas con capacidad restringida el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, estos tengan representación para determinados actos; y de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre.

El mencionado último párrafo del artículo 32 se refiere a las personas que se encuentren absolutamente imposibilitadas de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyo resulte ineficaz. En estos casos, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

Las funciones representativas del apoyo son excepcionales y deben otorgarse para determinados actos, en beneficio del representado. El juez las establece en la sentencia que restringe la capacidad de las personas.

En el caso del curador, su función es representativa y sustitutiva de la voluntad de la persona; no obstante, debe promover la autonomía personal

y la posibilidad de recuperar en ella la interacción con su entorno y la exteriorización de su voluntad. El juez debe fijar en la sentencia la extensión de la incapacidad de la persona y, asimismo, el alcance de la función representativa del curador, que debe ser proporcional a la extensión de la incapacidad del representado.

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI) elaboraron en conjunto un informe titulado “Principios de interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”,²⁵¹ en el cual hacen referencia al nuevo régimen de apoyos que introdujo el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) y enumeran los principios para una interpretación armónica de los diversos institutos del CCyCN y la CDPD. Entre ellos se destacan los siguientes:

-La función del apoyo no es sustituir la voluntad de la persona titular del derecho a la capacidad jurídica. El sistema de apoyos se diferencia de la curatela, básicamente, porque el primero propicia que la persona titular del derecho a la capacidad jurídica decida sobre las cuestiones de su vida y no lo haga un/a tercero/a en su lugar. Si se admitiese que quien debe prestar apoyo puede tener funciones de representación, se estaría legitimando la sustitución de la voluntad, cuya erradicación es el objetivo principal del modelo de apoyos. Esto es exactamente lo que ocurriría con el antiguo sistema y es lo que debe evitarse. En definitiva, la función del apoyo no es sustituir la voluntad de la persona titular de la capacidad jurídica ni derogarla. Por el contrario, debe coadyuvar para que se respete y promueva la autonomía de su voluntad (de acuerdo con el artículo 3, inciso a), de la CDPD).

-La única circunstancia en que una persona designada como apoyo puede actuar en representación de la voluntad de quien es titular del derecho es que medie representación voluntaria, por ejemplo, un acto expreso de mandato.

-En ningún caso la sentencia podrá restringir el ejercicio de la capacidad jurídica sobre:

²⁵¹ <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/principios-de-interpretacion-del-modelo-de-capacidad-juridica-y-del-sistema-de-apoyos-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>

- a) derechos personalísimos: vida, dignidad, salud (artículos 51 a 61 del CCYCN);
- b) derechos políticos: especialmente el derecho a votar (artículo 29 de la CDPD);
- c) derecho al nombre (artículo 62 del CCYCN);
- d) derecho a contraer matrimonio (art. 62 del CCYCN);
- e) derecho a estar en juicio;
- f) responsabilidad parental

IV. Conclusiones

Luego de haber hecho la exposición de la evolución del instituto de la curatela desde el derecho romano, el Código de Vélez y el Código Civil y Comercial de la Nación, se pone claramente de manifiesto que la redacción actual ha incorporado ampliamente los lineamientos establecidos por la Convención sobre las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

En el caso judicial que se analizó, se destaca que el reconocimiento del derecho a la esterilización anticonceptiva a personas con discapacidad no se funda únicamente en evitar embarazos, sino también en remover todo obstáculo que impida el efectivo goce del derecho a la salud sexual en igualdad de condiciones con las demás personas.

Y este tipo de práctica no genera ninguna clase de conflicto entre el nuevo esquema relativo a los derechos sobre el propio cuerpo establecido en el Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley 26.130, dado que la contracepción quirúrgica no implica necesariamente una disminución permanente de la integridad del cuerpo humano. Y aun en el caso de interpretarlo de esa manera, resultaría de aplicación el artículo 19 de la Constitución Nacional que protege el derecho a la autodeterminación personal.

Por último, y a la luz del nuevo paradigma establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación que tiene a la capacidad como regla, crea el sistema de apoyos y propone a la curatela como excepción, cabría proponer una relectura del artículo 3° de la Ley 26.130 y permitir que sea la persona interesada quien solicite judicialmente la medida contraceptiva, acompañada por su apoyo.

V. Bibliografía Consultada

CELS. “Principios de interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. Consultado el 13/10/2019. <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/principios-de-interpretacion-del-modelo-de-capacidad-juridica-y-del-sistema-de-apoyos-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Fallo A., V. A. s/insana y curatela. Thomson Reuters. Cita online: AR/JUR/17768/2015

Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo 1, Buenos Aires: Infojus, pág. 205 y ss.

Ley 26.130 Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica

Ley 25.673 Salud Pública

Mielnicki, Diego y Roitman, Facundo (2015). “Los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos de las Personas Incapaces de Ejercicio”. En *Jurisprudencia comentada*. Erreius Online.

Monasterio, Rodrigo. “La relación entre la discapacidad intelectual y el derecho a la salud”. Thomson Reuters. Cita online: AR/DOC/3199/2015.

Los intereses: algunas reflexiones de la influencia del derecho romano en el contenido del artículo 771 del Código Civil y Comercial de la Nación

Por Laura Liliana Micieli²⁵² y Adrián Gustavo Vedia²⁵³

I. Introducción

Un aforismo propio del derecho romano señala: *“In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur”* (“En los contratos de buena fe se deben intereses por la mora”), el cual pertenece a Marciano en el D. 22. 1. 32. 2. La selección de este texto no ha sido al azar, sino en vinculación directa a lo dispuesto por el artículo 771 de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación.

En la actualidad, el tema de los intereses ha tomado envergadura por diversos factores por todos conocidos: altos intereses fijados para la adquisición o

²⁵² Titular de la cátedra de Derecho Romano (Universidad Nacional de La Rioja).

²⁵³ Jefe de Trabajos Prácticos de la cátedra de Derecho Romano (Universidad Nacional de La Rioja).

para la toma del crédito, como también altos intereses fijados para el préstamo de dinero hipotecario, para la financiación de tarjetas de crédito, etc.

En cuanto a la percepción de intereses por el uso del dinero, se conoce desde tiempos inmemoriales y ha recibido diversas acepciones hasta llegar a la más compleja que le asigna la economía política de nuestros días. Ha pasado esta expresión por variadas etapas acorde con las necesidades del fisco y los particulares, gozando siempre de cierta pero recomendable nombradía, pues se ha establecido una suerte de equivocada sinonimia entre el interés y la usura.

Tal vez esta sinonimia puede haber surgido en virtud de la denominación que se ha usado en la antigüedad. Es así tanto como en el derecho romano era identificado “el interés” con la palabra “usura”, que es aquel beneficio que se obtiene periódicamente del capital prestado. Así lo marca el D. 22. 1. Pr. 1 y 2 Papiniano 1: *Papinianus, Libro II, Quaestionum*. “*Quum indicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regiones, ubi contractum est, constituitur, ita tamen, ut legi non offendat*” (“Cuando se litiga en juicio de buena fe, se establece al arbitrio del juez la cuantía de los intereses según la costumbre de la región en que se contrató, pero del modo que no se falte a la Ley”).

Para algunos autores y escuelas, uno y otro vocablo se identifican. Algunas ideologías consideran que el interés siempre resultó ilegítimo; otras, en cambio, indican que solamente reúne este carácter cuando excede ciertos límites tolerables. Estos límites a los que nos referimos generalmente se establecen por la Ley, por el hábito y las buenas costumbres. Sin embargo, el interés ha ocupado parte preferente de la economía de los países, como de las personas civiles que quisieron emprender alguna obra de relativa trascendencia.

La moral se interpuso para que este instrumento económico-financiero fuera recibido con simpatía y complacencia por doquier. Así, algunos autores hacen referencia que el rigor de las XII Tablas —el cual encuentra una cierta analogía en la leyenda del Mercader de Venecia— no ha sido la razón que menos ha influido en el descrédito y en el odio del interés.

Los mutuos hechos a los ricos para los fines de lujo y derroche y los hechos al pobre para obtener lucro máximo en tiempo de devastación barbárica, como también los preceptos de caridad del Pentateuco y del Evangelio que prescriben el socorro a la miseria y prohíben el interés, habían ejercido mucha influencia en el ánimo de las muchedumbres y de los legisladores.

A los impulsos del sentimiento, a la voz del amor del hermano y del prójimo se añadió la autoridad de la ciencia, representada por el célebre razonamien-

to de Aristóteles sobre la improductividad natural del trabajo, razonamiento acogido por los juriconsultos, los cuales vieron la usura como frutos de los intereses,²⁵⁴ pero como concluyeron por afirmar que “*usura fructu non est*” porque no deriva “*est ipso corpore*”, o sea, de la misma moneda.

Uno de los grandes debates que ha dividido las opiniones de las distintas escuelas económicas y filosóficas, que datan desde la antigüedad, es si el interés es legítimo. Recordemos que Aristóteles señalaba que “el dinero no engendra dinero” y que interés del capital no puede provenir más que de una exageración abusiva sobre el trabajo de otros. Así lo señala Santo Tomás de Aquino, quien considera o no acepta el interés puro. Según el filósofo, el uso del dinero se reduce a un consumo de este, por lo tanto no se podría vender separadamente el dinero y su uso como no se vende el vino y uso del vino.

Remitiéndonos a lo considerado jurídicamente, el interés se entiende como el rendimiento del dinero. Nosotros nos vamos a posicionar en la relación entre la regulación que hizo el derecho romano sobre los intereses, a lo cual le vamos a dedicar una parte expositiva, y en la impronta o influencia que ha establecido en el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 771 en el cual se le da la facultad al juzgador de regular o moderar el importe de los intereses.

II. Los intereses en la Roma Antigua: algunos aspectos relevantes a considerar. Su influencia en el derecho moderno

Roma se caracterizó por los excesos en que llegó aplicar los intereses traducidos en una usura legítima. Numerosos motines y levantamiento populares no tienen otro origen y otra explicación que los abusos en el cobro de los dineros usurarios.

En Roma, durante los tres primeros siglos ninguna ley regula la tasa de los intereses, todo se encuentra condicionado según a la buena fe de los acreedores. La moneda tosca y rara de aquellos tiempos se presta a una tasa elevada, y muy pronto la usura agobia y arruina a los Plebeyos.

²⁵⁴ “...*visem fructum pertinente usurae visem fructum pertinent...*”.

La Ley de las XII Tablas va a fijar una tasa máxima y un “*unciarium foenus*”, la cual era de un 8 y 1/3 %. Recién la Ley Genucia del año 412²⁵⁵ prohíbe el préstamo con intereses, pero siendo que la práctica era más poderosa que la norma, la usura reapareció en forma exagerada.

Ya en la época de Cicerón, en el periodo de la Republica, se comenzó a contar los intereses por meses, mencionándose operaciones del 1% mensual, suma que se elevaba a veces extralegalmente y por convenio de partes.

El pago de intereses, tanto en el antiguo derecho romano como en la actualidad, está relacionado con el retardo en el incumplimiento en la obligación, es decir, en una anomalía en cuanto a la relación obligacional. Algunos autores como Bonfante indican que se denomina intereses o usura a la cantidad de cosas fungibles, que por lo general es el dinero, que el deudor está obligado a pagar periódicamente durante el tiempo que no satisface el objeto principal. Agrega el mencionado autor que el nombre de usura (*usurae*) deriva del hecho de haber sido establecida generalmente como equivalencia que correspondía por el uso de una mayor cantidad de cosas de la misma especie, constituyentes del capital (*Caput, Sors*).

Las usuras o intereses constituyen evidentemente una obligación accesoría y que no existe si la obligación principal es nula y desaparece si esta llega a extinguirse.

Los intereses bien sabemos que pueden ser establecidos voluntariamente en forma privada o por la propia Ley. En cuanto a las usuras o intereses voluntarios en los llamados negocios de buena fe, rige este aforismo que da inicio a nuestro trabajo.

Basta un simple paso añadido al contrato concertado, para establecer el monto de los intereses. Por el contrario, en los negocios del derecho estricto es necesario que los intereses sean estipulados separadamente porque en el juicio no se podrían tener en cuenta los pactos accesorios.

Hay diversas clases de intereses en el derecho romano. Nosotros nos vamos a posicionar en aquellos intereses voluntarios nacidos por estipulaciones o por pactos independientes excepcionalmente provistos de acción o por testamento.

²⁵⁵ La ley Genucia del año 412 adopta la medida radical de prohibir el préstamo con interés. A pesar de la ley el préstamo con interés se sigue practicando, pues resultaba imposible impedir a los que tienen necesidad de dinero sufrir las condiciones impuestas por los prestamistas, los cuales nada tenían que temer, mientras no se les probara la usura.

Las tasas de las usuras o intereses fueron reguladas muy variadamente en la historia del derecho romano. El límite antiguo de los intereses voluntarios era el llamado “*Unciarum foenus*”, que es del 100 por 100, conforme a las condiciones económicas primitivas. En la Edad Histórica, la tasa legal, muy superior a la tasa convencional normal, está constituida por la usura *Usurae centesimae*, el 12%. Justiniano lo redujo a la mitad, la *Dinivia Centesimae*, salvo casos excepcionales en los que el *maximum* era fijado en una medida mayor o menor.

En el derecho clásico, una suma de intereses no exacta no se podía exigir si excedía de la medida del capital. Justiniano dio a esta regla un carácter más amplio, disponiendo que no se pudiesen reclamar más intereses cuando los ya pagados alcanzaran la suma del capital. Se prohibió por Justiniano con el rigor más absoluto el llamado “anatocismo”, o sea, él hace que los intereses no pagados produzcan a su vez nuevos intereses. Respecto a disposiciones vinculadas prohibiendo el anatocismo se debe ver D. 42. 22. 1. 9. 19 y en el C. 4. 32. 28.

Sin embargo, se establecen algunas situaciones de excepción en cuanto a quien no comete anatocismo. Una hipótesis que plantea el propio Digesto y lo da como ejemplo es “el que recogiendo los intereses del deudor los presta como capital con interés a un tercero o el que se exige de su tutor mandatario, procurador, gestor de negocios o administrador interés de los intereses que cualquiera de ellos haya cobrado de otros y empleado en sus propios usos y finalmente el que habiendo pagado los intereses que otro debía, para evitar la venta que el acreedor intentaba de su prenda, le pide interés del dinero invertido en dicho pago”. Así esto podemos verlo en el Digesto 22. 1. 37 o 26. 7. 1. 58. 12 o 26. 7. 1. 7. 12. 7 u 17. 1. 12. 9 y 10 los parágrafos.

III. Los intereses: algunas reflexiones de la influencia del derecho romano en el contenido del artículo del Código Civil y Comercial

Según esta concepción que ya deviene del derecho romano, los intereses son el fruto civil por excelencia, y lo podemos definir de manera restrictiva como el precio que se paga por el uso del capital ajeno.

En la sistemática del Código Civil y Comercial de la Nación, se encuentran los intereses regulados en el Libro Tercero “Derechos Personales”, Título 1:

“De las obligaciones en general”, capítulo 3: “Obligaciones de dar”, más precisamente en el párrafo 6: “Obligaciones de dar sumas de dinero”, donde se regulan los intereses compensatorios, moratorios y punitivos.

Es objetivo de este análisis no hacer una revisión de conceptos de intereses, sino más bien ver aquellas situaciones en donde la imposición de los mismos aparece como excesiva, y genera la necesidad de brindar normativamente una solución que aparezca como justa ante los derechos y obligaciones de acreedor y deudor.

Por ello, adentrándonos en lo que adelantamos en la introducción, se debe analizar qué sucede con la acumulación de los intereses en el capital, o lo que sería una generación de renta sobre la renta misma. Algo que, como vimos, en la concepción romanista fue tomado como un exceso, usura o abuso de los intereses por parte de acreedores, situaciones que llegaron hasta prohibir el interés o limitarlo en su tasa.

Los “intereses moratorios” no son sanciones para el deudor. Simplemente se trata de que la deuda original en dinero no pierda, por el transcurso del tiempo, su “integridad”; si se permitiera, con carácter general, el “anatocismo”, los intereses moratorios pasarían a integrar la “deuda originaria”;

Ahora bien, si permitimos esto, ¿quién podría no sostener que los nuevos intereses, por tener la misma naturaleza jurídica de los “intereses moratorios”, no integrarían también la deuda original y por lo tanto producirían nuevos intereses moratorios? De allí que, de seguir esta vía de razonamiento, toda deuda se tornaría “infinita”.

Fuera de ello, cabe mencionar que el permitir el cobro de intereses sobre intereses, representaría para el acreedor un enriquecimiento indebido, que repugnaría cualquier idea de equilibrio en la interpretación del Código.

El anatocismo primero fue limitado y luego prohibido. Para tal tesitura se conjugaron dos razones: por un lado, el resultado ruinoso que arroja el método de capitalización; por otro, la “elegancia jurídica” que parecía chocar con la idea de que un accesorio, como lo es el interés, origine otro “*accessio accessionis non datur*”.

Vélez Sarsfield, tributario de la limitación al anatocismo, establece la regla en el artículo 623 del código civil: “No se deben intereses de intereses sino por obligación posterior”; es decir que la prohibición recaía sobre la capitalización de intereses futuros, aún no devengados. No obstante, la prohibición no era absoluta:

1. Se permitía la capitalización dispuesta por convención posterior al devengamiento de los intereses;
2. La capitalización resultante de la condena judicial y la mora subsiguiente;
3. En materia comercial existían supuestos de autorización legal del anatocismo (en la cuenta corriente bancaria, el artículo 795 del Código de Comercio; en la cuenta corriente mercantil, artículo 788 del mismo código), entre otros. La regla era categorizada como de orden público, idónea para sustentar una nulidad absoluta, no obstante, de índole parcial, habida cuenta el carácter accesorio de los intereses. El texto original de la norma recibió, a partir del artículo 11 de la Ley 23.928, una nueva redacción que flexibilizó la prohibición. Con tal modificación, el texto quedó redactado en estos términos: “No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa, que autorice su acumulación al capital, con la periodicidad que acuerden las partes, o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare, y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza”, quedando inalterados los supuestos del Código de Comercio.

En el Código Civil y Comercial de la Nación esto se encuentra regulado en el artículo 770, el cual sienta la regla y seguidamente sus excepciones en estos términos: “No se deben intereses de los intereses, excepto que: a) una cláusula expresa autorice la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a seis meses; b) la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda; c) la obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo; d) otras disposiciones legales prevean la acumulación”.

Además, para la cuenta corriente bancaria rige el artículo 1398: “El saldo deudor de la cuenta corriente genera intereses, que se capitalizan trimestralmente, excepto que lo contrario resulte de la reglamentación, de la convención o de los usos. Las partes pueden convenir que el saldo acreedor de la cuenta corriente genere intereses capitalizables en los períodos y a la tasa que libremente pacten”. Para la cuenta corriente mercantil, el artículo 1433 establece: “Excepto pacto en contrario, se entiende que: (...) b) el saldo se

considera capital productivo de intereses, aplicándose la tasa según el inciso a); c) las partes pueden convenir la capitalización de intereses en plazos inferiores al de un período”. De las normas relacionadas, surge que el anatocismo puede ser de fuente convencional o voluntaria, y de fuente legal. En efecto, el inciso a) del artículo 770 previene la posibilidad del pacto de capitalización de intereses; mientras los demás incisos aluden son fuente legal de tal modo de acumulación del interés al capital.

Pero la norma contenida del artículo 771 faculta a los magistrados a morigerar los intereses resultantes de la capitalización. Se configura una circunstancia excepcional que autoriza la adopción de remedios extraordinarios tendientes a conjurar una situación de manifiesta injusticia o inequidad, que se aleja de la objetividad de la norma para inclinarse por la subjetividad del buen saber y entender de los magistrados.

Al respecto la jurisprudencia tiene dicho: “No resulta arbitraria la sentencia impugnada que consideró que en atención a que la sentencia dictada en los autos principales no dispuso —de manera alguna— la capitalización de los intereses adeudados, correspondía excluir de la planilla presentada por los actores el monto referido a dicha capitalización por tratarse de un régimen de interpretación restrictiva y al resultar esta inviable por configurar una mutación de la naturaleza de la deuda reconocida en la sentencia”.

Asimismo, un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones se pronunció en tal sentido:

De accederse a la pretensión actora (capitalización mensual de intereses) el capital revigorizado al 27-9-16 ascendería a \$ 98.720,34 (v. fs. 461), lo que implica que la deuda se incremente en más de un 3.395% (tres mil trescientos noventa y cinco por ciento) —v. anexo 1—. En tal contexto, es evidente que el cálculo de los intereses arroja un resultado desproporcionado, siendo abusivos y usurarios. Ello, por cuanto surge de la planilla que se aneja a esta resolución y que refleja el criterio de ajuste capitalizando intereses mensualmente, que la obligación del deudor se acrecienta a un límite inadecuado; y no es posible que, so pretexto de preservar la autoridad de lo decidido con carácter firme, se arribe a resultados que quiebren toda norma de razonabilidad, violentando los principios de los artículos 10 y 958, CCyC. Y la capitalización permanente dispuesta en esta causa llevaría a una consecuencia patrimonial equivalente a un despojo del deudor, cuya obligación no puede exceder el crédito actualizado, con un interés que no trascienda los límites referidos.

Entre las nuevas pretensiones que van apareciendo a raíz del nuevo Código Civil, se ha requerido ya en el foro a los jueces que dicten sentencia reconociendo la interpretación que suponen correcta, que debe darse al texto previsto en el inciso b) del artículo 770 del nuevo Código Civil y Comercial, pretendiendo aplicar “anatocismo” desde la notificación de las demandas.

Nos referimos al pretendido “anatocismo” definido como “la capitalización de los intereses, de modo que sumándose tales intereses al capital originario pasan a redituar nuevos intereses”.

En las legislaciones modernas existen dos tendencias definidas: la de la prohibición absoluta y la de prohibición relativa, ya que en ellas se autoriza según concurren determinadas circunstancias. Pero en todos estos últimos casos, la presencia de esta posibilidad siempre está constituida como excepción. Y ello se debe a la clara intención del legislador de evitar la usura o el enriquecimiento indebido del acreedor.

En el nuevo Código Civil y Comercial argentino debemos recordar el texto del mencionado artículo 770 que se invoca en la pretensión que comentamos: “Artículo 770. Anatocismo. No se deben intereses de los intereses, excepto que: a) Una cláusula expresa autorice la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a seis meses; b) la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda; c) la obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo; d) otras disposiciones legales prevean la acumulación”.

Esta normativa de ser aplicada literalmente produciría en cualquier actividad comercial de frecuente existencia de litigiosidad judicial, un nuevo y enorme daño, aumentando a términos desconocidos el monto de las sentencias, en supuestos como los locatarios, garantes, mutuantes y demás figuras contractuales de un enorme tráfico en los negocios de la vida civil y comercial.

Pero debe destacarse la postura doctrinaria que entiende que la norma subsiguiente, impone a los jueces el velar por evitar desproporcionados montos en uso de este mecanismo de capitalización indiscriminado.

Es indudable que el vocabulario utilizado por el nuevo Código es, por un lado, oscuro y confuso y, por el otro, da origen no a una interpretación sino a varias.

El “anatocismo” resulta una figura que siempre fue excepcional para el derecho occidental, el cual fue contrario a la aceptación de la misma a no ser

excepcionalmente y en situaciones puntualmente previstas en la ley. Es que, en rigor, la aceptación del “anatocismo” vuelve a las deudas “infinitas”, cuando para el derecho las deudas siempre deben ser “finitas”, de forma de poder ser, justamente, finiquitadas.

IV. Conclusión

Partimos de un texto de Paulo seleccionado del Digesto para hacer un análisis de la regulación legal de los intereses en derecho privado actual y en especial reflexionar sobre la normativa que rige al anatocismo.

Podemos concluir que en el derecho romano, recurrir a los intereses en relaciones crediticias encontraba su fundamento en este concepto de renta obtenida por el uso del dinero, pero asimismo destacamos que el abuso de esta herramienta de los acreedores era rechazado por su injusto resultado.

Por ello, al contrastar la concepción de la facultad del *index* en cuanto a la fijación de intereses, señalada por Paulo en las fuentes, con lo normado por el artículo 771 del CCC, aparece reflejada aquella facultad jurisdiccional de morigerar aquellos intereses excesivos.

La autorización explicitada normativamente en favor del anatocismo en el Código Civil y Comercial de la Nación encuentra en la norma del artículo 771 una herramienta que permitirá brindar respuestas justas en situaciones concretas de extrema injusticia como las que advertimos en los fallos citados.

Aparece entonces el espíritu de raíz romanista en la institución, plasmada en una norma, en la cual los magistrados tienen que avizorar la finalidad de la norma para que en sus decisiones la *aequitas* sea la que triunfe en la resolución de casos concretos.

V. Bibliografía

Alterini, Atilio, Ameal, Oscar y López Cabana, Roberto (2008). *Derecho de las Obligaciones*. 4° edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

Bonfante, Pedro (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8°

edición italiana por Luis Bacci y Ángel Larrosa. Madrid: Editorial Reus.

Calvo Costa, Carlos (2016). *Derecho de las Obligaciones*. Tomo I. 2° edición. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Caramés Ferro, José M. (1963). *Instituciones del Derecho Privado Romano I (parte general: Los derechos subjetivos: sus elementos comunes)*. Buenos Aires: Editorial Perrot.

Daza Martínez, Jesús y Rodríguez Ennes, Luis (2009). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. 4° edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Díaz Bialet, Alejandro (1955). *Derecho Romano*. Córdoba: Asociación Gremial de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales. Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba.

Enciclopedia Jurídica Ameba (1954). Tomo I. Buenos Aires: Editorial Driskill S. A.

Llambías, Jorge (2012). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

Ossola, Federico (2016). *Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

Pizarro, Ramón y Vallespinos, Carlos (2018). *Tratado de obligaciones*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni.

Schiapani, Sandro (2007). *Código Civil de la República Argentina. Con la traducción de Ildefonso García del Corral de las fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sarsfield en las notas*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni.

Vázquez, Humberto (1998). *Diccionario de derecho romano. Palabras, locuciones y aforismos latinos*. Buenos Aires: Zavalía.

De verborum significatione. “Nominis appellationem rem significare Proculus ait”

Por Luis Aníbal Maggio²⁵⁶

Resumen

El enunciado de Próculo reproduce el aserto de Aristóteles (“No significar una sola cosa equivale a no significar nada”) de cuyo realismo, así como de la Stoa, es tributaria la jurisprudencia romana. El nominalismo, por lo contrario, entiende que las palabras son meros “*flatus vocis*”. La concepción nominalista se instala en la filosofía del derecho y se manifiesta en el puro formalismo cuyo representante arquetípico es Hans Kelsen. Para el jurista romano, lo justo (el *dikaion* griego) está conformado por lo legal (convencional) y lo natural (no convencional), es un amalgama inescindible de materia y forma. La forma jurídica (ley universal y abstracta) tiene siempre por referencia una “*res*”, una realidad inteligible, sin tal componente el “*ius*” no alcanza su forma, es algo defectuoso. Varias citas del Digesto, especialmente del título “*De verborum significatione*”, avalan la tesis que se expone.

Palabras clave: Realismo; nominalismo; cosa.

²⁵⁶ Abogado. Profesor consulto de Derecho Romano (Universidad de Morón) y titular de Filosofía del Derecho (UCES). Miembro de ADRA.

I.

Narra el libro del Génesis que luego de haber creado Dios (con suprema maestría, Borges dixit) el mundo, considerando no ser bueno que el hombre estuviera solo, modeló con arcilla a todos los animales del campo y a todos los pájaros del cielo y los presentó al hombre para ver qué nombre le podría: porque cada ser viviente debía tener el nombre que le pusiera el hombre. (“*Omne enim quod vocavit Adam animae viventis, ipsum est nomen eius*”).²⁵⁷ El nombre que le impuso el hombre, ese es en adelante el nombre de cada ser viviente, decretó el Creador. Pero aquello que el hombre hubo de nombrar, ya existía, ya era un ser algo, un “ente”. El único que pudo crear cosas desde la nada por la fuerza de la palabra (*fiat*) fue Dios; el hombre solo pudo admirar y ponerle un nombre a las cosas que ya estaban creadas. Pero, conjeturemos, las maravillas de la creación a nominar eran tantas que al hombre no le alcanzaban las palabras inaugurales. Entonces empezó a usar una palabra para nombrar distintas cosas y las cosas a compartir todas una palabra que, poco a poco, fue oscureciendo la identidad de cada una y sombreando confusión. No conforme, como Dios le diera licencia para nombrar “*ad libitum*”, “y aunque, sin duda, el primer hombre había sido lo bastante sagaz como para llamar, en su lengua edénica, a toda cosa y animal de acuerdo con su naturaleza,”²⁵⁸ eso no entrañaba que hubiere dejado de ejercer una especie de derecho soberano al imaginar el nombre que a su juicio correspondía mejor a dicha naturaleza”, quiso hacer uso de la franquicia y emular la potencia del Verbo inventando palabras con la intención de crear nuevas y propias cosas. Tan vana pretensión no creó cosa alguna y las palabras se convirtieron en meras formas vacías, pero, obstinado el hombre, se compensó inventando juegos de palabras que, aunque nada significaban, muchas eran tan seductoras como para complacerse en ellas y olvidarse de las cosas. Dios las transformó en cacofónico palabrerío ininteligible para escarmentar con ellas a los hombres cuando quisieron edificar la famosa torre.

Jules Marouzeau, analizando cómo pronunciarían el latín los romanos, señala el sentido onomatopéyico del lenguaje. La palabra refleja algo (alguna característica, el sonido, el aspecto, etc.) de aquello que se nombra. Si se llega

²⁵⁷ Génesis 3, 3, 18/20. *El Libro del Pueblo de Dios*. Madrid: Editorial Paulinas, 1980. Biblia Vulgata. BAC.

²⁵⁸ Eco, Umberto (1986). *El nombre de la rosa*. “Quinto día” Buenos Aires: Ediciones de la Flor.

al socavón de una palabra, su etimología halla siempre alguna “raíz” que unifica las variaciones diacrónicas y sincrónicas de los vocablos y se vincula con alguna entidad originaria.²⁵⁹

En el nunca suficientemente apreciado ensayo *Verbum Iuris*, Alfredo Di Pietro explica que “*nomen*” se alitera con “*numen*”. Para el hombre antiguo, el mundo estaba colmado de maravillas, misterios, fuerzas inexplicables. Cada cosa estaba animada por algo mágico, divino, sobrenatural, portaba un “*numen*”. Lo “*numinoso*” era el modo de ser de las cosas en la percepción del antiguo terrícola. Cuando este hombre nombraba algo, no se refería precisamente a la materialidad de una cosa sino al “*numen*” de los dioses que la rige y gobierna. De allí que el usar incorrectamente la palabra era como una ofensa a la divinidad oculta detrás de la cosa y podría ser un sacrilegio.²⁶⁰ En la obra citada, Eco deriva “*nomen*” de “*nomos*” “o sea ley, porque precisamente los hombres dan los nomina *ad placitum*, o sea, a través de una convención libre y colectiva”. Obviamente el famoso semiólogo y novelista reflexiona aquí en clave nominalista (ver significado más abajo).

II.

Aristóteles escrutó empeñosamente la equívocidad del lenguaje. El término “ser” –sentenció para la posteridad– se dice de diversos modos, tiene muchos significados, pero todos ellos en relación con algo único y con una naturaleza única. “Todos estos significados no tienen una mera coincidencia nominal, sino que (...) los diferentes significados del ente están referidos a un principio único”; “Es imposible encontrar los elementos de los seres, si antes no se dis-

²⁵⁹ *Comment Prononcaient les lartins*. Traducción IV Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano. UFLO Universidad, 2017; Benveniste, Emil (1983). *Vocabulario de las instituciones europeas*. Madrid: Taurus; Lapieza Elli, Ángel (1982). *Aequitas. Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 2. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

²⁶⁰ Di Pietro, Alfredo (1968). *Verbum Iuris. Monografías*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot; Cfr: Otto, Rudolf (1980). *Lo Santo. Lo racional y lo irracional en la idea de Dios*. Madrid: Alianza Editorial.; Frazer, James George (1953). *La rama dorada: magia y religión*. México: Fondo de Cultura Económica.

tinguen los múltiples significados del ente”; “No significar una sola cosa equivale a no significar nada. Y si las palabras carecen de significado, se elimina la posibilidad de diálogo con los demás y con uno mismo”; “Concédasenos, que la palabra tiene un significado”; “Pues es imposible inteligir algo si no se entiende una única cosa y, si lo fuere, tendría que poner un solo nombre a esa cosa”. También el Estagirita dictaminó que la verdad es concordancia del juicio con las cosas, *“adequatio rei et intellectu”*, según la fórmula clásica con que se expresó desde el medioevo. “No eres blanco porque pensemos que eres blanco, sino que ocurre justamente lo contrario”.²⁶¹

En la *quaestio* 2. 2. 57 a 1 de la Summa Teológica, Santo Tomás coincide casi *“ad pedem litterae”* y desarrolla el pasaje de Paulo (Dig. I. I. 11) sobre las significaciones de la palabra *“ius”*. Y, a propósito del significado primario, en el Comentario al Libro V de la Ética a Nicómaco, formula un rotundo aserto: los juristas romanos *“nominantius quod Aristoteles iustum nominat”*.²⁶² (“Los romanos llaman *“ius”* a lo que Aristóteles llama justo”).

Si preguntamos a Aristóteles qué es lo que llama *“justo”*, su respuesta es: el δικαιο, ²⁶³ compuesto por: lo legal (νομμος) y lo igual (ισον). Lo injusto: lo ilegal (παρανομος) y lo desigual (ανισον). Lo justo, en tanto medio (μεσον), lo es entre lo más y lo menos y, en tanto justo (ισον), dado que la justicia propiamente dicha es la que se ejerce con relación a otro (προς ετερον), supone las personas a las que se da algo justo y las cosas que se dan, que son también dos. Lo justo es entonces algo “proporcional” entre extremos desproporcionados.²⁶⁴ Bajo esa clave, Santo Tomás dirá *“iustitiae proprium est inter alis virtutes ut ordinet hominem in is quaesunt ad alterum. Importat enim aequalitatem quaedam, ut ipsum nomen demonstrat”*. Lo propio de la justicia entre las otras virtudes es ordenar al hombre en cosas con relación a otro. Importa pues cierta proporción como su mismo nombre lo demuestra. A su vez Dante define: *“Jus est reales ac personalis hominis ad hominem proportio. Qua eservata societatem servat, corrupta corrumpit”*. (“Lo justo es una real y personal proporción de hombre a hombre que, conservada, conserva a la sociedad y corrompida, la corrompe”).²⁶⁵

²⁶¹ *Metafísica*: IV 1003^a, I, 992^a, IV 1006^a, b. IX, 1051^a.

²⁶² *Com. a la Etica Nicómaco* (1983). Lib. V, lect. 12. Buenos Aires CIAFIC Ediciones.

²⁶³ *Etic. Nic.* V. I. 1128^a, 1129b.

²⁶⁴ *Ibid.* V.III, 1130b.

²⁶⁵ *De Monarquía*. II, 5.

Hay tantas y tan diversas “concepciones” de la Justicia que llevan a posiciones relativistas o escépticas, a la imposibilidad de definirla, a punto tal que Kelsen la acusa de ser un ideal irracional.²⁶⁶ Para algunos una sociedad justa debe privilegiar la seguridad sobre la libertad, para otros a la inversa; para algunos la justicia debe ser igualitaria, para otros meritocrática. Para unos prima el individuo, para otros la nación, “*et ita porro*”. Es que la escala de ciertos valores básicos –vida, seguridad, libertad, igualdad, solidaridad, etc.– cambian de estimación y por consiguiente de grado en la jerarquía axiológica y política en distintos lugares y épocas. No obstante y por sobre todas las variables concepciones, es posible elaborar un “idea”, para Hart, o “concepto”, para Rawls, de justicia, que contemple las nociones de no distinciones arbitrarias y de balance correcto de pretensiones, y se expresa en la exigencia de “tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferentes maneras”, como lo había señalado mucho antes Aristóteles: “Cuando se trata de iguales, lo bueno y lo justo es que tengan partes iguales y semejantes; pero que los iguales no las tengan iguales ni los semejantes semejantes es contrario a la naturaleza y nada antinatural es bueno”.²⁶⁷ El dictado aristotélico se traducirá modernamente como el “principio de igual trato”, fundamental en filosofía política.²⁶⁸ Tal es para unos la “idea”, para otros el “concepto formal de justicia”, que no es lo mismo que la “justicia formal”; esta última es un tipo de justicia que popularizó Max Weber, equivalente a proceso regular, en tanto en la primera acepción no es un tipo o especie sino que, por ser universal, contiene las notas comunes a toda noción de justicia.²⁶⁹

Chaim Perelman²⁷⁰ cree hallar cuatro posibilidades al pasar revista distintas definiciones de la justicia: 1) no tienen nada en común; 2) solo una corresponde a la justicia verdadera; 3) todas son reducibles a una; y 4) todas tienen algo en común. Lo que tienen en común es un cierto criterio de igualdad que, si bien no es un principio suficiente, lo es en cuanto se lo entienda como la

²⁶⁶ *De Monarquía*. II, 5.

²⁶⁷ Kelsen, Hans (1991). *Teoría Pura del Derecho*. Capítulo II. “¿Qué es la Justicia?”. Buenos Aires: Editorial Leviatan.

²⁶⁸ Hart: Op.cit, cap. VIII; Rawls: Op.cit, I. *La Justicia como equidad*. Ed. Tecnos; Aristóteles. *Política*, IV, 3.

²⁶⁹ Habermas, Jürgen (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trotta.

²⁷⁰ Heller, Agnes (1990). *Más allá de la Justicia*. Barcelona: Editorial Crítica.

aplicación de la misma norma a todos los miembros de una categoría específica. Agnes Heller²⁷¹ recepta el concepto formal de justicia de Perelman, en cuanto implica un principio de acción de acuerdo con el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados del mismo modo, aplicarse una regla a todos los miembros de una categoría esencial, y observarse una regla que establece la obligación de tratar de cierto modo a todas las personas que pertenecen a una determinada categoría. No obstante, discrepa en cuanto las definiciones de Perelman transmitirían la impresión de la preexistencia de ciertas categorías esenciales o agrupaciones. En su opinión, es a la inversa, ya que la aplicación de las mismas normas o reglas a un cierto grupo de personas es lo que constituye a la agrupación, por lo que redefine el concepto el concepto formal de justicia como “la aplicación consistente y continuada de las mismas normas y reglas a todos y cada uno de los miembros del grupo social al que se aplican las normas y reglas”. Para la autora el concepto formal de justicia es la máxima de la justicia, la consecuencia de su inobservancia es una contradicción y su aplicación constituye un imperativo moral, aun si las normas y reglas no son de naturaleza moral.

Luis Recasens Siches comenta al respecto: “El análisis de todas las doctrinas sobre la justicia, desde los pitagóricos hasta el presente, pone de manifiesto que entre todas las teorías se da una medular coincidencia: el concebir la justicia como regla de armonía, de igualdad proporcional, de proporcionalidad, entre lo que se da y lo que se recibe en las relaciones interhumanas, bien entre individuos, bien entre el individuo y la colectividad. (...) Es impresionante la coincidencia del pensamiento sobre la idea formal de la justicia a lo largo de veinticinco siglos de historia de la Filosofía”. Múltiples autores concuerdan en similar visión.²⁷²

Tal es la idea formal de justicia, pero la nuda formalidad no es *per se* un dique contenedor de la injusticia dispersa por el mundo. Un régimen perverso puede muy bien mantener “la aplicación consistente y continuada de las mismas

²⁷¹ *The Idea of Justice and the problem of Argument*, Londres, 1963; *De la Justicia*, Bruselas, 1945.

²⁷² Recasens Siches, Luis (2019). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Ciudad De México: Editorial Porrúa; Hart, Herbert (1961). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot; Rawls, John (1979). *Teoría de la Justicia*. Ciudad de México: Editorial de la UNAM; Et passim. Sto. Tomás: Summa Theolog. II-II-58, 2.

normas y reglas a todos y cada uno de los miembros del grupo social al que se aplican las normas y reglas” y someter tiránicamente con las mismas reglas a todos por igual. Aristóteles había adoctrinado que lo justo supone una cierta proporción aritmética o geométrica y, en consonancia, Santo Tomás, que siempre el nombre justicia implica proporcionalidad, como ya se dijo supra. Los romanos, a su vez, dejaron preceptuado que “*In omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda sit*”²⁷⁴ (“En todas las cosas ciertamente, pero sobre todo en el derecho, sea observada la equidad”). *Aequor*, en latín es lo parejo, lo nivelado como la llanura o la superficie del mar. La “*aequitas*” exige equilibrio, nivelación en las relaciones sociales, que no existan graves desequilibrios o desventajas.²⁷⁴ Al referirse a la equidad y lo equitativo, Aristóteles examina qué relación guarda la primera con la justicia y lo segundo con lo justo, concluyendo que lo justo y lo equitativo son ambos buenos y lo mismo, pero lo equitativo sin embargo es superior porque es justo no solo por la ley sino porque es un “enderezamiento” de la justicia legal.²⁷⁵ Es decir, aquellas normas que deben aplicarse a todos por igual han de ser, además, no meras formas neutras de contenido sino prescripciones que contemplen e impongan lo equitativo, que establezcan un balance equilibrado de prestaciones recíprocas tanto en su proceso de producción como de aplicación. Si ese componente visceral del “ἰσος” no aparece a causa de la generalidad de la ley, el juez en función vicaria de legislador, es el encargado de restaurar la equidad.²⁷⁶

En nuestro tiempo, Rawls ha caracterizado a la justicia como “equidad”, equivalente a “imparcialidad” (*fairness*). Pero, es notable, el célebre autor entiende que sus principios de justicia (de la libertad y la diferencia) acordados en situación de imparcialidad son, a diferencia de las corrientes procesalistas, “sustantivos”; en su entender, superan, reformulándolo, el dualismo kantiano de materia y forma.²⁷⁷

²⁷⁴ Dig. L. XVII, 90.

²⁷⁵ Lapieza Eli, Ángel (1982). *Aequitas. Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 2. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

²⁷⁶ Etic. Nic. V. X.

Maggio, Luis Aníbal (1999). “Epieikeia aristotélica y equidad romana.” En *Revista Prudentia Iuris*. N° 35. Universidad Católica Argentina.

²⁷⁷ Rawls, John (1979). *Teoría de la Justicia*. Ciudad de México: Editorial de la UNAM; Rawls, John (1999). *Justicia como equidad*. Madrid: Editorial Tecnos.

Lo legal es aquello que en principio es indiferente (circular por la izquierda o la derecha, plazos para apelar, etc.), pero una vez establecido por la ley, deja de serlo y es lo justo a obedecer, lo justo legal, porque “es claro que todas las cosas legales son de algún modo justas”. Lo justo natural es lo igual (ἰσότης), lo que todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación, bien entendido sin embargo que lo natural también puede ser mutable.²⁷⁸ “Lo que siempre es bueno y equitativo” dirá el jurista romano.²⁷⁹ La ley rectamente establecida, salvo la improvisada a la ligera²⁸⁰ es justa, pero al mismo tiempo es justo lo que en todas partes tiene su misma fuerza y no depende de aprobación o desaprobación, es decir, no es un puramente convencional sino algo que tiene entidad, es una “res”, una patencia inteligible definitiva. Una “cosa” (*res*) alcanza su plenitud ontológica, su verdadero ser, cuando logra la forma que la constituye en lo que es y no otra cosa.²⁸¹ Lo legal y lo igual no son dos entidades separadas sino que ambas amalgamadas identifican para el romano lo que verdaderamente llamaban “*iuris*”. Una norma que no mantiene y expresa una igualdad como proporción, equilibrio, parejura, en las relaciones bilaterales no alcanza la plenitud de su forma, es defectuosa, de-formada, viciada en su contenido. La igualdad proporción, fuera de una norma, es un principio matemático o aspiracional, una especie de personaje en busca de un lugar, que para aspirar a conformar “*iuris*” necesita emigrar y cobijarse en el mundo de las normas.

III. Nominalismo

En la Edad Media ocurre la celeberrima “querrela de los universales” entre el “realismo” de cuño aristotélico patrocinado especialmente por Santo Tomás (realismo aristotélico tomista) y el “nominalismo”, cuyos fuentes pueden rastrearse desde los orígenes de la Filosofía, pero emerge con toda potencia entre los siglos XI (con Roscelino) y XIV (Guillermo de Occam)

²⁷⁸ Etic. Nic. V I, VII.

²⁷⁹ Dig. I. III, 11.

²⁸⁰ Etic. Nic. V. I.

²⁸¹ *Metafísica*. I 983^a.

y despliega una enorme influencia en el pensamiento de la modernidad. Incluso a la llamada “Segunda Escolástica” (Española) se le endilga cierto carácter nominalista, especialmente en la obra de Francisco Suárez.²⁸² De allí en adelante, el nominalismo se enseñorea hasta nuestros días en el mundo de derecho en sostenida pugna con el realismo. Si se examina a fondo, en los diversos enfoques de todas las teorías jurídicas subyace esta añeja cuestión de los universales.

Entre las variantes de la matriz nominalista, que son muchas, podemos destacar las siguientes:²⁸³ a) Las entidades abstractas no son más que imágenes, vocablos comunes, *sonus et percussio aeris sensibilis* (Boecio), *flatus vocis* (Roscoscelino) para designar entidades concretas. Tenemos un nominalismo terminista; b) Están en nuestra mente como conceptos abstractos pero no existe la realidad denotada (conceptualismo), solo existen entidades concretas (nominalismo moderado); y c) Los términos para designar entidades concretas son también entidades concretas (nominalismo absoluto).

La concepción aristotélico-tomista configura un “realismo moderado”, a diferencia del realismo absoluto o platonismo, en el que las entidades tienen una existencia propi desvinculada del mundo causal y no son asequibles por los sentidos. Para el realismo moderado las cosas existen en modo singular, pero en cuanto a su comprensión en modo universal. Por un proceso de abstracción, el intelecto captura el universal que se encuentra “*in rebus*” singulares y lo traduce en conceptos. Los conceptos tienen en consecuencia un fundamento real (*res*), una realidad (no necesariamente física o sensible) cognoscitivamente inteligible.²⁸⁴ Al hombre universal (para prevenir cuestiones de género, aclaremos que, según Dig. L. XVI, 152, hombre incluye a la hembra como al varón) no lo encontraremos nunca en nuestro camino. Por suerte o desgracia nos encontramos con este o aquel hombre, pero de este o de aquel predicamos que son hombres no porque se nos ocurra proferir un sonido, sino porque hay algo, una “*ousia*” o causa, abstraída por el intelecto humano colectando propiedades comunes, que, configuradas en un concepto, hace que cuando se dice hombre, hombre sea algo con una consistencia

²⁸² Suárez, Francisco (1967). *Las Leyes*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

²⁸³ Ferrater Mora, José (1999). *Diccionario de Filosofía*. Barcelona: Editorial Ariel.

²⁸⁴ Massini-Correas, Carlos (1994). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

ontológica propia y no otra cosa y, merced al lenguaje que lo expresa, los humanos puedan comunicarse y entenderse.

En el nominalismo hay un nexo con las cosas mundanales; pero, mientras estas cosas son para el platonismo meras copias de las ideas existentes en un “topos uranos” y para el realismo individuaciones de un universal abstraído por el intelecto en forma de conceptos formulados lingüísticamente, para el *nominalismo* solo existen las cosas particulares y las formas o medios con que nos referimos a ellas son verbalizaciones convencionales, no entidades o “esencias” objetivas.

Entre la posición conceptualista y el realismo moderado parece haber un puente que las interconecta en cuanto representación de algo en o por el intelecto. Sin embargo la identificación sería engañosa, ya que para el realismo moderado los conceptos tienen un fundamento real, una objetividad inteligible propia, mientras que para el nominalismo son puras construcciones verbales que percuten auditivamente como sonidos, vientos de la voz.

Para la doctrina empirista (Hume, Locke, etc.) se trata de representaciones mentales originadas por las percepciones del mundo real y alojadas en el fuero interno, en la mente (“*in anima*”). Los conceptos tienen un origen empírico mental o psicologista y su relación con el mundo externo no es directa sino mediada.

Así pues, las entidades abstractas andan deambulando entre las cosas y la mente y, como si fuera poco, también el lenguaje en que se expresan ocasionando interminables controversias en la teoría del conocimiento. Veamos algunos casos. Dice J. Raz: “Los conceptos consisten en cómo concebimos aspectos del mundo y se encuentran entre las palabras en las cuales son expresados y sus significados, por un lado, y la naturaleza de las cosas a las que se aplican, por el otro”. Entre nosotros, Eugenio Bulygin, en línea con Hart y Ryle, lo refuta y niega que existan propiedades esenciales o necesarias independientemente del concepto que usamos para identificarla; ninguna propiedad de una cosa es esencial “*per se*” sino en relación con un concepto. No existen propiedades esenciales, tanto de una mesa como del derecho, fuera del concepto de mesa o de derecho que estamos utilizando. Que existan propiedades esenciales *per se* extraconceptuales, implica una “especie de esencialismo”, desterrado sin misericordia por el positivismo.²⁸⁵

²⁸⁵ Raz, Joseph, Alexy, Robert y Bulygin, Eugenio (2007). *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Madrid: Editorial Marcial Pons; Bulygin, Eugenio (1961). *La naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

IV.

Según Alchourrón y Bulygin el derecho ha sido abordado desde tres perspectivas: a) como conjunto de normas; b) como conducta; y c) como razones para actuar.²⁸⁶ Dentro de la concepción “normativista”, las normas han sido entendidas como sentido de los actos de voluntad dirigidos a la conductas de otros (Kelsen), como directivas (Ross) y como prácticas sociales (Hart). La concepción del derecho como conducta implica una postura “realista”, pero no necesariamente en términos del realismo moderado.

El desarrollo de la teoría iusfilosófica moderna muestra una decidida influencia nominalista que alimenta la tendencia a la pura formalidad de las normas con prescindencia de todo componente material. El enfoque del fenómeno jurídico desde un ángulo rigurosamente normativista le sustrae de todo contenido y, por ende, ingresa en un pleorama que lo distancia de la realidad hasta perderla de vista. Nos vamos asentando en el limbo de las normas como reglas formales generales y abstractas olvidando que si bien lo son, regulan “*eum quod plerumque fit*”, aquello que generalmente en efecto sucede, aquello que tienen un fundamento en la realidad mundanal.²⁸⁷ Una rigurosa asepsia de toda referencia semántica para no contaminar la pureza metódica hace que “el objeto de estudio de una teoría general del derecho consiste en las normas jurídicas, sus elementos, su interpretación, el orden jurídico como totalidad, su estructura, la relación entre diferentes ordenamientos jurídicos y, por último, la unidad del derecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos positivos”. Así pues, las normas cada vez a más distancia del “*lebenswelt*” (mundo de la vida, Husserl) y vaciadas de contenidos, se convierten en meros “*flatusvocis*”, sonidos convencionales que, en concreto, como enseñara Aristóteles (*supra*), al no significar una cosa, no significan nada, o pueden usarse a libre y lúdico arbitrio.

Hans Kelsen propone la que sin duda es la más importante teoría jurídica

²⁸⁶ *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* (2017). Volumen II. Madrid: Editorial Trotta.

²⁸⁷ Dig. I, III, 3/5.

²⁸⁸ Kelsen, Hans (1960). *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de M. Nilve. Buenos Aires: Editorial Losada; Kelsen, Hans (1979), *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de Roberto Vernengo. Ciudad de México: Editorial de la UNAM; Kelsen, Hans (1958). *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ciudad de México: Imprenta Universitaria.

de nuestros tiempos, la Teoría Pura del Derecho,²⁸⁸ sustentada en decidida postura nominalista. Entre “la verdad como principio fundamental de la ciencia y la justicia como *supremum desideratum* de la política” hay un conflicto “realmente trágico”. “La realidad jurídica, la existencia específica del derecho, se manifiesta a sí misma en un fenómeno que suele designarse con el nombre de positividad del derecho”. El derecho positivo, que aparece “en cuanto lo distinguimos de la justicia”, es el “creado por un acto de autoridad humana”, “es un producto artificial y arbitrario del hombre”. Pero “la realidad específica del derecho no se manifiesta en la conducta real de los individuos sometidos al orden jurídico”. No obstante su concepción netamente procesalista, dice Jurgen Habermas: “Kelsen desliga el concepto jurídico de persona no solo de la persona moral, sino incluso de la persona natural porque un sistema jurídico que se ha vuelto completamente autónomo debe arreglarse con solo las ficciones que el mismo genera”.²⁸⁹

Por otra parte, Estado, derecho, poder y autoridad moral son “figuras de lenguaje”: “...prácticamente no tiene ninguna importancia si la constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo”.²⁹⁰

El derecho para el autor es un sistema de normas que regulan (coactivamente) el comportamiento humano. Norma es un deber cuyo sentido lo constituye un acto de voluntad del legislador (ser), expresados mediante enunciados lingüísticos (deber ser). El modo de existir de la norma es la “validez”, que abstrayendo absolutamente de todo contenido (so pena de ideologismo) se funda formalmente en haber sido creada en virtud de una norma superior conforme las prescripciones de una constitución. La cópula (*debe*) que enlaza antecedentes y consecuencia en la norma jurídica no tiene ningún contenido real, su carácter puramente lógico es reiteradamente enfatizado. “Kelsen estableciendo la equivalencia entre norma positiva y derecho, instaura el nominalismo jurídico de valor que adapta el pensamiento a las palabras, o bien el derecho a los conceptos jurídicos elaborados por la voluntad del legislador. Dicho de otro modo: los hechos carecen de finalidad y

²⁸⁸ Habermas, Jurgen (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trotta.

²⁹⁰ Kelsen, Hans (1960). *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de M. Nilve. Buenos Aires: Editorial Losada, pág. 173.

no son inteligibles por sí mismo, sino que la adquieren gracias a la operación del espíritu que realiza construcciones conceptuales jurídicas”.²⁹¹

a) Derecho es solamente el positivo; solamente este contiene las propiedades con que se lo puede identificar como tal. Solo existen entidades concretas: el derecho positivo tal cual es, cada una de las normas de un ordenamiento “puesto” en el tiempo y el espacio.

b) Si bien las normas son entidades concretas, se expresan y son explicadas mediante términos y conceptos. Lo concreto es que alguien priva a otro de la vida, pero a ese acto nos referimos con conceptos abstractos (vida, matar) y la vida y el matar dependen de las propiedades con que nuestros conceptos convencionales identifiquen como vida y acto de matar, que no son más que imágenes, vocablos comunes, *sonus et percussio aeris sensibilis, flatus vocis*. En consecuencia, ese acto identificado como matar depende del sentido que le otorguen nuestros conceptos insustanciales de lícito o ilícito, ya que no hay bienes o males en sí. O sea, lo ilegal no es ilegal por ser malo sino que lo malo es malo por ser ilegal. Pero podría ser al revés: lo malo fuere legal y lo bueno ilegal, todo sería posible en el concierto de las voces prescindentes de lo real.

c) Como no hay nada “esencial”, fuera de nuestros conceptos arbitrarios, todo el universo jurídico se reconduce a un acto de construcción conceptual; se construyen conceptos y se los relaciona como juegos del lenguaje en los que solo importa la validez formal con abstracción de todo contenido valorativo. Sea bueno o malo, humanitario o genocida, liberador o tiránico, todo “es derecho”, voces, percusiones sensibles.

“Las definiciones, en sentido técnico, son operaciones relativas a un lenguaje, no a una realidad: relacionan palabras (y los conceptos que designan) con palabras (y los conceptos correspondientes). Además, la pretensión de realizar definiciones reales va muchas veces unida al esencialismo lingüístico, esto es, a la errónea creencia de que la relación entre las palabras y su significado no

²⁹¹ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato (compilador) (2008). *Stamatios Tzizis: Controversias en torno a la idea de naturaleza de las cosas y de derecho natural in: Las razones del derecho natural*. Buenos Aires: Editorial Abaco-Depalma, pág. 272.

es convencional, sino que tiene un carácter necesario. Este error es frecuente encontrarlo cuando los juristas emprenden la tarea de buscar la naturaleza jurídica de una institución. (...) En resumen, parece que las definiciones deben considerarse como instrumentos de clarificación lingüística y/o de análisis conceptual: sirven para informar sobre cómo se usa una palabra, para proponer algo nuevo o precisan alguno ya existente; y en ocasiones son el resultado de un análisis conceptual o instrumento para ello. Pero no son procedimientos para arribar a la esencia de las cosas, de la realidad”. En la concepción “convencionalista” del lenguaje, explica Nino, “el significado de las palabras está determinado por las reglas convencionales que determinan las condiciones de uso de las palabras”.²⁹²

d) Hay que distinguir tajantemente las proposiciones descriptivas (*ser*) de las prescriptivas (*deber*). Aunque Kelsen reconoce carecer de una definición del “deber ser” por tratarse de una categoría original tan imposible de describir como el “ser”, su sentido es excluyentemente lógico, neutro a todo valor. Las razones o motivaciones por las que al antecedente *a)* se atribuye la consecuencia; *b)* implican un juicio de valor y los juicios de valor no son fundamentables racionalmente ni competen al jurista, que ha de limitarse a constar mediante un juicio de hecho, de realidad, la correspondencia positivamente establecida. La cópula “debe” no implica en absoluto que haya en *a)* alguna potencialidad normativa que lleva a establecer alguna relación necesaria aunque no causal con *b)*; la imputación podría ser cualquier otra, incluso la contraria, a voluntad y convencionalismo lingüístico sonoro del legislador.

e) Por todo ello, se profesa el “escepticismo ético”, a veces ontológico, a veces gnoseológico, desde el cual el ángulo de visión jurídico se abstendrá de toda valoración sobre la justicia o injusticia de la imputación. “Justicia significa legalidad (...) solo en el sentido de legalidad puede el concepto de justicia puede entrar en el ámbito de la ciencia jurídica”. “Justo es que una regla general sea aplicada en aquellos casos en que debe ser aplicada (...) injusto que la regla fuese aplicada en un caso y dejase de aplicarse en otro similar (...)

²⁹² Atienza, Manuel (2009). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, págs. 51 y 52; Nino, Carlos (1980). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, págs. 38 y 39.

independientemente de cuál sea el valor intrínseco de la regla cuya aplicación es examinada”.²⁹³

g) Si las nociones abstractas son términos, imágenes, vocablos comunes, la ciencia jurídica consiste en describir las relaciones nominales del juego pragmático de construcciones conceptuales. Las cosas no son portadoras de un significado concreto, no tienen entidad (*ser*) propio, son lo que nuestros “*flatusvocis*” o “percusiones” convencionales dicen que son. Por esta vía se llega a validar cualquier régimen por inhumando que fuere y a la célebre sentencia de que derecho “es lo que los jueces dicen que es derecho”. Si así fuera, poco les quedaría a los jueces para decir. Qué derecho podrían aplicar si el derecho todavía no existe hasta que sea proferido por labios judiciales, que seguramente no formulan “*a divino ore*” como Justiniano.²⁹⁴

Por suerte, Herbert Hart y otros prestigiosos autores, aun nominalistas, han pulverizado este famoso absurdo del llamado “realismo” escandinavo y norteamericano,²⁹⁵ que en definitiva es crudo nominalismo.

V.

Frente a esta especie de sobrevuelo al espinoso prado (Justiniano dixit)²⁹⁶ del derecho desde el nivel del formalismo normativista, ¿cuál sería la mirada del jurista y sus fuentes romanistas desde la superficie abandonada?

Sabido es que la formación del jurista romano fue tributaria de la cultura griega, especialmente en cuanto a los principios aristotélicos y de la Stoa.²⁹⁷ Desde este portal, podemos entrever que el jurista romano no tenía duda alguna de que el nombrar algo, al formular un enunciado, no se estaba

²⁹³ *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit. I, c) 5.

²⁹⁴ *Deo auctore*, 6.

²⁹⁵ Hart, Herbert (1977). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, cap. I y VII.

²⁹⁶ *Deo auctore*, 9.

²⁹⁷ Cfr: Zoltan Mehez, Kornel (1971). *Advocatus romanus*. Buenos Aires: Víctor de Zavalía Editor.

emitiendo un sonido verbal sino mentando una “cosa”, algo que es “*res*” porque que tiene una “realidad” perceptible o cognoscitiva identificada en un concepto. Así lo certifica el pasaje L. XVI. 4: “*Nominis appellationem rem significare Proculus ait*” (“Dice Próculo que con la denominación de nombre se significa una cosa”).

“*Res*” en latín, “cosa” en español, es, quizá, la palabra más polisémica en el idioma latino y sus derivados, por lo que se requiere identificar expresamente qué cosa es *la cosa* cuando se habla en derecho. ¡Pero qué cosa! ¿Cómo es la cosa? No sea cosa que... Es poca cosa. Era cosa superior (Martín Fierro). Cosas veredes, Sancho (don Quijote). ¡Argentinos a las cosas! (Ortega y Gasset). Las cosas de la vida. La “cosa en sí” que desvela a los filósofos, en fin, es cosa de nunca acabar. Martín Heidegger se despacha con un par de libros y otras indagaciones tratando de hallar “la cosidad de la cosa” (sic)²⁹⁸ y, en verdad, después de leerlos quedan muchas dudas sobre cómo sea la cosa. El enrevesado pensador llega a la conclusión de que la pregunta ¿Qué es una cosa? es la pregunta ¿Qué es el hombre? Ello es así porque en definitiva *cosa* es todo aquello que de alguna manera “concierna al hombre”.²⁹⁹

Ocioso sería comentar el religioso respeto del romano por la palabra y la especial preocupación que sobre sus múltiples usos. Tanto es así que como culminación el Digesto le dedica un largo título aclarando con total precisión un amplio repertorio de nociones jurídicas. El romano desconfiaba de las definiciones por ser todas peligrosas. Por ello, en prevención de posibles alteraciones, dedica el citado Título XVI del Libro I, “*De verborum significatio-ne*”, a clarificar minuciosamente el significado de los conceptos utilizados, a qué “cosa” concretamente se refieren las palabras en el derecho.³⁰⁰ Existen 246 incisos que permiten cerciorarnos de un universo de conceptos que muchas veces utilizamos en forma laxa sin mayor perfilamiento. Allí podemos abreviar qué debe entenderse en derecho cuando mencionamos la mayor parte del día, promesa, mujer, hombre, madre de familia, manceba, viuda, intestado, Roma, próximo, derogar y abrogar, enemigo, último, enfermedad sónica, campo, barbecho, acción, divorcio, repudio, mercancía, etc., etc., etc.

²⁹⁸ Heidegger, Martín (1992). *La pregunta por la cosa*. Buenos Aires: Editorial Memphis.

²⁹⁹ Di Pietro, Alfredo. “La prudente interpretación en el derecho romano”. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 9 (y su cita “Das Ding, “La chose”). Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

³⁰⁰ Dig. L. XVI; XVII, 202.

Quizá si Cicerón hubiera conocido que “*Armorum appellatio non utique tantum scuta, et gladios, et galeas significat, sed et fustes, et lapides*” (“La denominación de ‘armas’ no significa ciertamente solo escudos y espadas y yelmos sino también los palos y las piedras”), Cecina no hubiera perdido, como algunos sostienen, el pleito.³⁰¹

Sin perjuicio del sentido general de la cosa, en el Título que comentamos obran no menos de quince aclaraciones sobre la significación de cosa en instituciones jurídicas concretas y, si vamos a Instituta de Gaius, nos encontramos con muchas otras categorías jurídicas sobre las cosas.³⁰² No dejaría de sumar méritos una metodología pedagógica de ir a este libro y título del Digesto como peregrinando a las fuentes antes que a los manuales de uso.

Gastar una palabra es mentar una cosa, no es proferir un sonido verbal que podría percutir paradójicamente como cualquier cosa. Como lo esclareciera Husserl, un juicio es decir algo de algo;³⁰³ Ese algo mentado en una norma o

³⁰¹ Dig. L. XVI, 41. Cicerón (2001) “Pro Cecina.” En *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano*. Madrid: Edisofer SL.

³⁰² No se limita a nuestro patrimonio, como “pecunia,” sino que comprende también lo extrapatrimonial (L. XVI. 5), que pertenece a todo contrato y obligación, que no incluye las sagradas, ni las religiosas ni las destinadas a usos públicos (17), unas se hacen, otras se gestionan y otras se contratan y que “gestionado” significa cosa hecha sin palabras (19), que en que en la palabra restituir (que no es lo mismo que exhibir) se comprenden muchas cosas (22) como las causas y los derechos (23), que como bienes comprende no solo las que están bajo nuestro dominio sino también las que fueron poseídas de buena fe o superficiarias, al igual que todo lo que corresponde a las acciones, las peticiones y las acciones persecutorias (49), que mercancía es cosa mueble (66), que restituir rectamente “esta cosa” comprende los frutos (73), que con la denominación cosas “mías” o “tuyas” se comprenden las acciones, que nadie puede hacer al mismo tiempo dos “cosas” (acciones) contrapuestas (124), que una cosa es la pena y otra el fraude (131) o prometer que no es ladrón y estar libre de hurto y de noxa (174); indiferencia entre cuánto valiere y cuánto parece que vale esta cosa (179); familia se aplica a las cosas y las personas (195); bienes denota cierta universalidad no cosas particulares; equivalencia de cantidad y estimación (232); significación de llevar, transportar y conducir cosas (235); significado de restituir una cosa. Gaius (1993). *Instituta*. Traducción de A. Di Pietro. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

³⁰³ Cfr: Cossio, Carlos (1987). *Radiografía de la Teoría Ecológica*. Buenos Aires: Editorial Depalma. B

Kalinowski, Georges (1980). “Loi juridique et loi logique?” En *Archives Philosophie du Droit*. N° 25.

un enunciado jurídico no es un mero sonido, es una “res”, una re-alidad cognoscitiva.³⁰⁴ No por casualidad, “res” es palíndrome de “ser”.

Es una característica del lenguaje tornarse abstracto, pero abstracción no quiere decir que el contenido de una expresión se vaya difuminando, disolviendo hasta convertirse en un puro y muchas veces seductor sonido convencional a gusto del emisor. Aldo Schiavone,³⁰⁵ al comentar sobre la estructura “diairética” (de diairesis: separación por géneros y especies) dice: “Descubrimos de hecho cómo la estructura diairética requería siempre, en toda aplicación, un presupuesto esencial: la conquista de un alto nivel de abstracción respecto de los conocimientos encuadrados en ella. Sería imposible disponer por géneros y especies a los caballos, o las cualidades del orador, si no se poseyera una idea general de la ‘caballerosidad’ o de la oratoria y esto también debía valer necesariamente para las nociones jurídicas, la descomposición de sus elementos constitutivos suponía siempre la abstracción de los conceptos desde los cuales partía”. Desde Platón a Aristóteles, la Stoa y el enciclopedismo helenístico “la abstracción era siempre un presupuesto lógico e histórico respecto a la diairética”. Según el autor, en el saber romano esta condición no se daba por descontada hasta la aparición del gran Quinto Mucio Scévola (140-82 a. C.). Cuando el legislador sanciona una norma, regula cierta conducta no a su antojo sino operando el razonamiento práctico prudencial (*recta ratio*) en función de ciertos valores relevantes en una sociedad (ética) con una finalidad (bien común). Evidente es entonces que el contenido de la norma no es una mera ocurrencia graciosa del legislador sino algo fundamentado, sea en principios autoevidentes, sea en razones argumentativamente demostrables. Según las circunstancias del caso, el arbitrio del legislador puede ser muy amplio, amplísimo, pero siempre, a más de la condición formal de igual aplicación a los casos de iguales, ha de resguardar la condición visceral de mantener una cierta proporción en las relaciones bilaterales que resultan del reparto de los bienes y cargas de la sociedad, aun en los casos en que las opciones son en principio indiferentes (circular por la izquierda o la derecha, plazo para apelar, etc.). La preferencia y decisión por una u otra es fruto de un acto de

³⁰⁴ Massini-Correas, Carlos (1994). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, cap. II.

³⁰⁵ Schiavone, Aldo (2009). *IUS. La invención del derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, cap. 12: “Abstracción y Formalismo”.

conocimiento “al menos para descubrir la necesidad de la exigencia de una norma monádica para regular esa actividad, así como el alcance y sentido de la alternativa entre las regulaciones posibles”.³⁰⁶ Entonces el contenido de ese acto no es un “*flatus vocis*” sino una “cosa”, una “*res*” contorneada de debida proporcionalidad, que se desprende de la subjetividad y el acto psíquico del legislador y adquiere una existencia objetiva, una entidad intencional o cognoscitiva, susceptible quizá de alguna interpretación pero no cualquiera a libre discrecionalidad. Convencional no es “cualquier cosa”, la norma no solo debe ser legal sino también legítima y la legitimidad requiere suficiente justificación. Jürgen Habermas, no obstante su enfoque del derecho desde el “giro lingüístico” señala: “Las normas morales válidas son ‘correctas’ en el sentido de justas. Las normas jurídicas válidas concuerdan, ciertamente, con las normas morales, pero además son ‘legítimas’ en el sentido de que, allende eso, expresan una autocomprensión auténtica de la comunidad jurídica, un equitativo tener en cuenta todos los intereses y valores distribuidos en ellas, así como la elección racional (con arreglo a fines) de estrategias y medios”.³⁰⁷ Todo este proceso racional que in-forma la formación jurídica lejos está de una mera estructura lingüística construida artificialmente. Por lo contrario, encarna en la significación de la norma una densidad cognitiva objetivamente inteligible.

Las normas no son, dice Massini-Correas, exponer las ideas al respecto del autor polaco citado supra:

1) meras locuciones lingüísticas; ni 2) simples entes de pura razón sin fundamento alguno en la realidad; ni 3) la sola expresión de sentimientos, como podrían ser gritos o gemidos. Por el contrario, cuando nos topamos con una norma –en nuestro caso una norma jurídica– estamos frente a la expresión racional de un juicio normativo, es decir, frente a una proposición deóntico-normativa que tiene en sí misma una existencia intencional, o sea aquella que compete a las realidades cognoscitivas; sea a nuestros conocimientos como en el caso de la proposición que describe la estructura de una molécula, o prácticos: como el caso de la proposición normativa que establece el deber de respetar la propiedad ajena. Pero en cualquier caso se tratará de una realidad inmaterial, que no es tampoco el acto psicológico que la produce, ni el

³⁰⁶ Kalinowski, Georges (1980). “Loi juridique et loi logique”. En *Archives Philosophie du Droit*. N° 25.

³⁰⁷ Habermas, Jürgen (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trotta, págs. 223/4.

hábito por el que la tenemos presente de modo usual en el entendimiento, sino su contenido, aquello que esos actos o hábitos tienen por objeto y conforme a lo cual debemos ordenar nuestra conducta para que ella resulte “derecha”.³⁰⁸

En el proceso de aplicación tampoco reina una arbitrariedad desembrada al son de las palabras. El juez y las partes “concernidos” en torno a la “res litigiosa” y ejercitando el “arte de lo bueno y lo equitativo” han de hallar, hacer aparecer (*pro-ducere*) la “*ipsa res iusta*”, que, a la luz de la norma, a veces luce patente y muchas otras latente, como a la espera del parto, en la misma causa.

El mismo Kelsen nos dice que “considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos: dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual”.³⁰⁹ Pero, como para el autor todos los conceptos son convencionales y la justicia es una idea irracional, la interpretación podría hacer turismo verbal por distintos niveles de lo normado hasta convertirlo en palabras al viento.

El jurista romano no podría contemplar el derecho como pura norma ni el “*ius*” como mero nombre, “*flatus vocis*”. En tanto norma, el “*ius*” es ley, regla, precepto común al que debe obedecerse. Tomamos “*lex*” en sentido amplio, como el ámbito normativo distinto de las respuestas y sentencias de los juristas.³¹⁰ En efecto, no podría porque “*in his quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*”³¹¹ (“En aquello que está constituido contra la razón del derecho, no podemos seguir la regla del derecho”). Ocurre que “*regula est, quae rem, qua eest, breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quoddest, regula fiat*”³¹² (“Regla es la que exponer brevemente la cosa, tal cual es. El derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho

³⁰⁸ Op. cit. págs. 51 y 52.

³⁰⁹ Kelsen, Hans (1960). *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de M. Nilve. Buenos Aires: Editorial Losada, cap. I, 3b.

³¹⁰ Di Pietro, Alfredo (1986) “Significado y papel de la ley en Roma.” En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 6. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

³¹¹ Dig. I. III, 15.

³¹² Dig. L. XVII, 1.

que hay”, del Corral). Quizá podría mejor traducirse por “lo que es derecho”. ¿Cuál es la “*ratio iuris*” contra la que no se puede avanzar y el “*ius*” del que se extrae la regla? ¿Es la nuda norma por la norma o la norma in-formada por el “*ison*”, la equidad a la que sobre todo en el derecho ha de rendirse tributo?

No es sostenible que esta “cosa” a la que se refiere el *nomen* “*ius*”, que el dador de la norma intenta reflejar y establecer y en torno a la cual en la “res litigiosa” el juez, las partes y los auxiliares están todos “concernidos” para hallarla, develarla, ponerla de manifiesto, sea para el jurista romano una percusión, un sonido o un constructo meramente convencional. Convoquemos a Alfeno en defensa de nuestro argumento: el *ius* no está en lo que decimos sino “en la causa” (*ius positum in causa*) donde hay que buscarlo, porque el *ius* se origina en el hecho (*ex facto ius oritur*, dice Baldo), en algo real, no en meras sonidos y palabras.³¹³ “Causa” y “cosa” “pertenecen a la misma familia. Dicen lograr la solución sobre todo en la realidad del ser, más que a partir de la norma. (...) Los contratos o las sociedades, no constituían para los romanos —como nos sucede a nosotros, hijos del nominalismo de abstracciones puras— construcciones artificiales del espíritu humano, sino cosas, hechos sociales, relaciones de negocios, en las que su busca el derecho que los regule”.³¹⁴

“*Cui pecudum fibrae parent*”: desentrañar las vísceras de la víctima, dice Virgilio.³¹⁵ Cuando en la fórmula se difiere la solución al “*si paret*” del juez, no se la libra al puro arbitrio, a lo que *le parece* o “le suena”, sino a lo que *se le aparece* con evidencia de “*ius*” (lo justo) desentrañando las vísceras de la causa. Porque “*verbum oportere non ad facultatem iudicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur*”³¹⁶ (“La palabra conviene no se refiere a la facultad del juez que puede condenar en más o en menos, sino a la verdad”). Verdad que es “*adequatio res et intellectu*”.

Un ente, una “res”, alcanza su plenitud ontológica cuando cumple acabadamente su “forma”; si no la logra, padece un de-fecto, se encuentra “de-formada”. Una de las tantas manifestaciones de la visión “lighth” de la cultura de nuestros días consiste en la de- o mal-formación de las palabras para licuar

³¹³ Dig. IX, 2, 52, 2.

³¹⁴ Villey, Michel (1996). “La naturaleza de las cosas”; en Massini-Correas, Carlos (compilador). *Iusnaturalismo Actual*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, pág.459 y 460.

³¹⁵ Geórgicas.

³¹⁶ Dig. L. XVI, 37.

sus significaciones reales. Así, por ejemplo, se habla de bebidas alcohólicas sin alcohol, café descafeinado, o de una moral indolora, sin reglas, etc. Desde nuestro mirador podríamos aportar una larga lista: democracia sin libertades, república sin instituciones, derechos sin obligaciones, etc. El genial Macedonio Fernández se refería en estos casos a “las cosas sin ellas”, parecen ser ellas, pero les falta ser ellas mismas. Una pregunta cabe para cerrar esta exposición: una pura norma sin el componente sustancial del “*ius*”, ¿sería para el jurista romano una “cosa sin ella”? Creo poder fundar una respuesta afirmativa en las fuentes: “*Res ‘habesse’ videntur, us Sabinus ait, et Pedius probat, etiam haec, quarum corpus manet, forma mutata est; et ideo si corruptae reddita sint, veltransfiguratae, videre abesse, quoniam plerumque plus est in manus pretio, quam in re*” (“Se ‘considera que faltan las cosas’, como dice Sabino, y aprueba Pedio, aun aquellas cuya materia subsiste, pero cuya forma fue cambiada; y por tanto, si hubieren sido devueltas alteradas o transformadas, se consideran que faltan, porque muchas veces importa más la mano de obra que la cosa”). Para nuestro jurista la cosa de-formada es una cosa “que falta”, cosa sin la cosa. La regla que expone brevemente la cosa es, dice Sabino, como un compendio de la causa “*quae, simul quum in aliquo vitata est, perdit officium suum*” (“que tan pronto como es viciada en algo pierde su eficacia”, del Corral), su sentido, su función normativa,³¹⁷ no es una “cosa” que semánticamente merezca nominación jurídica, tal vez se nos haya convertido en un “*flatusvocis*”.

Para concluir, valga acordar con Alain Supiot que, luego de revisar distintas interpretaciones de la dogmática jurídica, enfatiza: “El hecho de que estos proyectos hayan fracasado finalmente muestra la vanidad de las teorías que hoy pretenden explicar el derecho prescindiendo de la idea de justicia”.³¹⁸

Aclaración del autor: Al mencionar a Kelsen como ejemplo de la formalidad nominalista, lo hago exclusivamente en cuanto circunscribe el orden jurídico a un enfoque puramente metodológico, que, por otra parte, merece ser tenido en alta consideración porque ha contribuido magistralmente a despejar muchos malentendidos en la teoría jurídica. Pero, no participo de la errónea imputación que se suele formularle en cuanto su presunta indiferencia por la

³¹⁷ Dig. L. XVI, 13; L. XVII, 1.

³¹⁸ Supiot, Alain (2007). *Homo iuridicus*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pág.24.

justicia o que deba obedecerse cualquier aberración como derecho. “Justicia es felicidad social”;³¹⁹ “Puesto que la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, la justicia es para mi aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”;³²⁰ “Así para una teoría objetivista el concepto de derecho es idéntico con el concepto del derecho internacional y, justamente por esto, a la vez, un concepto ético”, traduce sus palabras E. A. Ferraro en un excelente y recomendable trabajo en el que aclara que el patrocinio de Kelsen a una severa neutralidad valorativa tuvo una fundada motivación en la coyuntura histórica que le tocó vivir.³²¹

³¹⁹ *Teoría Gral. del Derecho y el Estado*, op. cit. pág. 7.

³²⁰ Kelsen, Hans (1981). *Qué es la justicia*. Buenos Aires: Editorial Leviatán.

³²¹ Cfr: Ferraro, A. E. (1999). “Límites de la moral en la reforma de la Constitución.” En *Revista Latinoamericana de Filosofía*. Vol. XXV, n° 2. Buenos Aires.

Modos de ingresar a la familia

Por Néstor Alberto Raymundo³²²

El modo natural de ingresar a una familia es a través del nacimiento, pero la ley permite la utilización de otros modos de ingresos no naturales como la adopción y la adrogación, utilizados generalmente para darle un descendiente a un *pater* que no lo tiene. Debemos tener en cuenta la importancia que esto en Roma tenía ya que vivían un mundo mágico religioso, del cual no podían apartarse, y estaba muy presente en la cabeza de los *patres* el culto en todo lo que ello significaba, ya que era el encargado de mantener el fuego sagrado que toda casa tenía, y a través de ese fuego la casa estaba conectada con sus dioses. Por lo tanto, ese *pater* hombre debía prever tener una descendencia masculina para cuando él falte. La muerte estaba muy presente en la vida romana y sobre todo de aquellos que son *pateres*. Estos, al igual que la mayoría de los hombres, morían a temprana edad. La principal causa de mortandad en Roma lo tenemos con las guerras, donde familias enteras desaparecían. A modo de ejemplo recordemos las batallas en las que en algunos casos los romanos han perdido hasta cien mil hombres.

Hecha esta presentación veamos qué herramientas utilizaron los romanos para solucionar este problema. No fueron muy distintas a las usadas por nosotros ya que tuvieron la adopción, con una versión romana de época llamada adrogación.

³²² Fue docente de las facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Católica Argentina y la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Nuestro Código actual define a la adopción como una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.

Vemos con esta definición diferencias importantes de época con la actual, ya que el target de los romanos era dar un descendiente a aquel que no lo tenía, y nuestra actual legislación apunta a proteger el superior interés de los niños necesitados de cuidados y afectos y que su familia no les puede procurar.

Las personas que nuestro Código prevé para ser adoptadas son las menores de edad, y como excepción las mayores. En cambio, en Roma, la situación era diferente, ya que no había restricciones de edad. En Gayo 1. 98. 99 y en las Institutas 1. 11. 1 vemos referida a la *adoptio*, y a la *adrogatio* como derivativa de esta. En la adopción nos encontramos con un acto solemne por el cual se toma en lugar de hijo o de nieto a aquel que no lo es por naturaleza, que no ha sido engendrado por el *pater* adoptante. Como ya lo venimos diciendo, el fin verdadero de la adopción y de la adrogación es contar con un heredero y de este modo continuar con el liderazgo de la familia, además de hacer que alguien siga en el mantenimiento y cuidado del fuego sagrado.

A través de la *adoptio*, hago ingresar a la familia a un *filius familiae* de otra familia, es decir, a un *Alieni Iuris*, que seguirá manteniendo este status, pero en otra familia. Este procedimiento es estrictamente privado, no afecta el interés público.

Para ver el procedimiento que se utilizaba tenemos que remontarnos a las XII Tablas, que nos indicaba que para salir de la patria potestad de un *pater*, lo teníamos que hacer a través de la triple *mancipatio*, esa triple venta virtual que nos permite romper con la patria potestad del *pater* natural y pasar a la *potestas* del otro *pater* (adoptante). En conclusión, hacemos tres mancipaciones, seguidas de dos manumisiones, o podemos acudir a la presencia del magistrado y allí el adoptante reclama al adoptado como hijo suyo (Gayo 1. 1. 34), y ante el silencio del padre natural, se efectúa la adopción. Debemos aclarar que las XII Tablas habla de hijo, porque si fuera hija, o de nieto o nieta es más simple, porque se hace una sola *mancipatio*, ante el pretor o en las provincias ante el gobernador (Gayo 1. 134 *in fine*). Justiniano simplifica esto a través de un simple acto administrativo, utilizando los usos y costumbres de los habitantes de Oriente que solo se presentaban ante el gobernador de provincia, donde hacían una declaración de emancipación del hijo, aceptando que

fuera adoptado por el nuevo *pater*, y suscribiéndose una acta acuerdo entre las partes (año 530).

En esa época tenían dos clases de adopciones: plena y semi plena. En la primera, generalmente el que adopta es un ascendiente. El ejemplo típico es un abuelo que quiere adoptar a un nieto de un hijo emancipado, y que ahora lo quiere incluir en la familia para que lo herede. O el caso de un *pater* que quiere hacer ingresar a la familia a un hijo emancipado (Ins. 1. 11 .2).

En cambio, en la adopción *minus plena* es cuando se adopta un extraño. La adopción es nominal. El *pater* que lo entregó en adopción sigue manteniendo la patria potestad y obviamente todas las expectativas sucesorias, y lo interesante es que en la nueva familia también tiene vocación hereditaria, en sucesiones *ab* intestadas y testadas.

En Gayo 1. 107, nos dice que la *adrogatio* se produce cuando un *pater* adopta a un *Sui Iuris*, produciéndose con tal acto la fusión de las dos familias. El adrogante recibe al adrogado y a toda su familia, pero ante de proseguir veamos el origen del uso de esta palabra. Adrogar significa “a ruego”, ¿pero a quién y por qué? Se le ruega al pueblo porque hay un interés público, ya que un culto va a desaparecer. Hay un principio en Roma que no se puede adorar a dioses de distintas familias, por lo tanto se debía realizar la *Detestatio Sacrorum*, que es el repudio de los dioses de la familia adrogada, ya que comenzará a adorar a los dioses de la familia adrogante (Aulo Gelio 5, 19. 4 ss.). Todo esto se produce en la ciudad de Roma, lugar donde se reúnen los Comicios Curiados, que se convierten los 24 de marzo y 24 de mayo en Calados, y eran presididos por el Pontífice Máximo, que generalmente era el emperador y podía designar a un delegado suyo.

En época posclásica se reemplazaron las viejas costumbres, realizándose ahora por medio de la voluntad imperial manifestada en un *rescriptum* a pedido de partes, pasando este sistema a ser el procedimiento habitual. Estos modos simplificados permiten ahora no solo hacerlo en Roma, sino también en las provincias. Las mujeres no podían adrogar ni ser adrogadas, porque no tienen la patria potestad y porque los comicios eran viriles.

Antonino Pío permitirá la *adrogatio* de los impúberes, siempre que existiera un justa causa de adopción, pero observándose ciertas reglas protectoras de los mismos.

La edad entre el adoptante y el adoptado no fue una barrera insalvable. Cicerón intervino en la *adrogatio* de Clodio, mucho más viejo que su adrogante Fonteio, que podía por su edad ser el padre de este último.

Igualmente se tenía en cuenta si el adrogante tenía o no descendientes, lo mismo que la edad y las causas de la *adrogatio*. En época posclásica se va transformando la naturaleza de la *adrogatio*, lo mismo que la *adoptio*, ya que se integrará con la idea de la *humanitas* y comienza a parecerse a nuestra época, no viendo tanto la existencia de un heredero sino de buscar un hijo o una hija a quien no la tenga. En Gayo, Digesto 1, 7, 21, encontramos que se va a permitir adrogar a las mujeres. Diocleciano permitirá a la mujer adrogar a su hijastro, para consuelo por los hijos que ha perdido. El efecto no era aquí querer sujetarlo a la patria potestad, sino crear un vínculo legítimo de parentesco. Justiniano implementa la idea de que la adopción y la *adrogatio* imitan a la naturaleza, y se instalan restricciones de edad para que el padre y el hijo tengan una diferencia de edad apropiada: el adoptante debe tener 18 años más que el hijo, y si adopta el abuelo 36 años. Vemos ya como nuestra legislación también ha copiado de los romanos todas estas cuestiones y las ha volcado en nuestro Código. En Roma, el que adopta debe contar con una edad mayor a 60 años, y no tener un hijo varón porque de tener menos, no se permitía, recomendándole que trate de tener una descendencia en el seno de su matrimonio, salvo que tuviera un enfermedad impidiente, o adoptara a una persona pariente suya. Si bien los impotentes podían adoptar, los castrados no podían hacerlo (Gayo 1. 103).

Efectos de la *adrogatio*

La *adrogatio* tiene el efecto de una *Capitis Deminutio*. Toda vez que el *pater* ingresante baja un escalón social y pasa a ser un *Alieni Iuris*, que oportunamente y con la desaparición del *pater* ascenderá a *Sui Iuris*, y comenzará nuevamente a ocupar el lugar que tuvo de *pater* en la nueva familia. Durante el Imperio, el adrogado toma los nombres del adrogante, manteniendo su anterior *nomen*.

Respecto a la situación económica, los bienes del adrogado pasan al patrimonio del adrogante, no así las deudas que se extinguen por la *Capitis Deminutio*. Esta situación que podría traer situaciones no queridas e inequitativas fue revisada por los romanos y se concederán a los acreedores del *pater* adrogado una *actio utilis*, con una formula ficticia, como si la entrada a la nueva familia no hubiera ocurrido. Esta situación permite a los acreedores cobrarse sobre los bienes del adrogado (Gayo 4. 84).

Todo este rito formal de la adrogación fue en los tiempos primitivos observado por el *Pontifex*, para evitar un posible fraude de los acreedores. Era fácil llegar a un fraude si no hubieran existido los controles, ya que el *pater* adrogante no está obligado a pagar las deudas del adrogado, dado que con él los acreedores nunca tuvieron trato alguno. El *pater* adrogante tenía dos caminos a utilizar: o pagaba las deudas del adrogado, o permitía que con los bienes del adrogado se paguen las deudas contraídas por él. Mediante la *Actio Utilis*, se produce una verdadera *restitutio in integrum*.

En época de Justiniano, los bienes del adrogado son conservados en el dominio de este, teniendo el adrogante el usufructo de ellos, y ahora se autoriza a los acreedores a tener acción directa contra el *pater* adrogante, quien es responsable hasta el monto del capital ingresado por el otro *pater*. Se trata de una verdadera acción de peculio.

Por último, analizaremos el caso del impúber adrogado, permitida en época de Antonio Pío. Aquí vemos una nueva luz roja de peligro ya que el impúber podía correr el riesgo de que luego de producida la *adrogatio*, el adrogante lo emancipara o lo desheredara, quedándose con sus bienes. Para evitar esto se debía comprometer a no hacerlo sin una *Iusta Causa*. Si lo hacía perjudicando al menor debía devolver los bienes recibidos y pagar un *penalty*, cuyo importe asciende a la cuarta parte de los suyos propios. Esta parte es conocida como la cuarta antoniniana (Paulo D. 38. 5. 13). Asimismo, debía probar que adrogaba al impúber por una causa honrosa, y prestar caución suficiente de que si el adrogado impúber fallece antes de alcanzar la pubertad, le restituiría a dichos herederos sus bienes (Ins. 1, 11. 3).

Conclusión

Estos modos de ingresar en la familia, y sobre todo la adrogación, fueron utilizadas por los romanos, y cambiando en distintas épocas. No nos ha llegado para uso nuestro la *adrogatio*, sí la adopción, con las características de la última época, ya que en un principio se tenía como tórcet la designación de un heredero. Y en época más cercana a Justiniano, se humaniza con fuerza, y se tiene en cuenta el interés superior del menor, a quien se le pretende dar una familia que no posee.

Bienes del dominio estatal: antecedentes romanos³²³

Por Gabriela Victoria Morel³²⁴

I. Bienes y cosas

Previo a ingresar al tema de la presente ponencia, conforme su título lo indica, corresponde hacer referencia a la diferencia sustancial que existe entre bienes y cosas. El término “cosa” tiene un sentido amplísimo. Utilizamos este vocablo tanto cuando queremos hacer referencia a objetos materiales o también cuando queremos explicar sucesos ocurridos. Según la Real Academia Española, cosa puede referir a: “Lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, concreta, abstracta o virtual”, “Objeto inanimado, por oposición a ser viviente” o “Asunto, tema o negocio”.³²⁵ Sin embargo, jurídicamente, dejando de lado las expresiones coloquiales, el término cosa refiere a derechos patrimoniales.

³²³ El presente trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación “Una mirada romanista a la parte general del Código Civil y Comercial de la Nación”, dirigido por la Dra. Mirta Álvarez.

³²⁴ Abogada, especialista y maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Ayudante docente en las materias de Derecho Romano y Derecho Administrativo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora externa de UFLO Universidad en el proyecto “Una mirada romanista a la parte general del Código Civil y Comercial de la Nación”, dirigido por la Dra. Mirta Álvarez.

³²⁵ Ver: <https://dle.rae.es/?w=cosa>.

En el derecho romano, de acuerdo a lo expresado por Ulpiano, hace referencia “a los objetos de un derecho patrimonial”.³²⁶ En este sentido, Peña Guzmán y Argüello han sostenido que “dentro del concepto romano de cosa deben comprenderse todos los objetos corporales e incorporeales sometidos al poder del hombre y susceptibles de apreciación económica”.³²⁷ En sentido concordante, se ha pronunciado Petit: “(...) jurídicamente se comprende en esta idea [cosa] unas veces entes inmateriales, como son los derechos, y otras se excluyen del concepto aquello que no puede ser objeto del derecho. Por esto se ha afirmado que son las cosas en el lenguaje jurídico los objetos de un derecho patrimonial (...)”.³²⁸

Por su parte, Vélez Sarsfield en el Código Civil, Libro Tercero de Los Derechos Reales, definió el término cosas en el artículo 2311. Allí, expuso que son “los objetos corporales susceptibles de tener un valor”. Posteriormente, la Ley 17.711 derogó el original y reemplazó los términos utilizados haciendo referencia a “objetos materiales susceptibles de tener un valor” en lugar de “objetos corporales”.

Nuestro actual Código Civil y Comercial unificado regula esta cuestión no en la sección referida a los Derechos Reales, sino en el Título III de la Parte General (Libro I). Orden regulatorio que ha sido reconocido positivamente por parte de la doctrina. Ello, toda vez que su importancia y centralidad abarca distintas especialidades del derecho civil: contratos, obligaciones, el derecho sucesorio y de familia, además de los derechos reales.³²⁹

Asimismo, la definición de cosas se encuentra contenida bajo el Título Preliminar, en el artículo 16 del CCyC, y nos dice que son “los bienes materiales”. Regulación que resulta concordante con lo dispuesto en el Código Civil, donde Vélez en el artículo 2311 definió cosas y en el artículo 2312 definió

³²⁶ D. 50. 16. 23: *Rei appellatione et cause et jura continentur*.

³²⁷ Peña Guzmán, Luis Alberto y Argüello, Luis Rodolfo (1962). *Derecho Romano*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial TEA, pág. 21.

³²⁸ Petit, Eugene (2007). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. 23° edición. Ciudad de México: Porrúa, pág. 167.

³²⁹ Ver Peralta Mariscal, Leopoldo L. (2014). “Comentario al Libro I, Título III, capítulo 1 del CCyC”. En Medina, Graciela y Rivera, Julio (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Editorial La Ley, pág. 538. Asimismo, en los fundamentos del Anteproyecto se explican las razones de esta decisión.

a los bienes como aquellos “objetos inmateriales susceptibles de valor”. Es decir, bienes es el género y cosas la especie. De acuerdo a lo preceptuado, los bienes son susceptibles de valor económico y abarcan tanto los bienes materiales como inmateriales, reduciéndose las cosas únicamente a los bienes materiales.³³⁰ Cabe mencionar que la nota de Vélez al artículo 2311 resulta contradictoria con lo afirmado. Allí expuso: “todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes. La cosa es el género, el bien es una especie”.³³¹

En relación a la diferencia existente entre bienes y cosas, parte de la doctrina ha sostenido que el término “bien” debe ser reservado para los derechos, mientras que los objetos económicamente valiosos son “cosas”.³³²

Establecida la diferencia analizada, corresponde recordar la clasificación de las cosas contenida en nuestro actual CCyC y en el CC.

II. Cosas

El Código Civil contenía una clasificación de las cosas consideradas en sí mismas (muebles e inmuebles, fungibles y no fungibles, consumibles y no consumibles, divisibles e indivisibles, principales y accesorias; en el comercio y fuera del comercio) y, con relación a las personas (bienes del Estado –públicos y privados– y susceptibles de apropiación privada, municipales, de la Iglesia Católica y de los particulares). Por su parte, nuestro CCyC sigue con algunos matices la regulación contenida anteriormente en el Código Civil.

³³⁰ Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pág. 79.

³³¹ Esta circunstancia para algunos autores prueba “que Vélez modificó a veces el articulado sin rehacer las notas” Borda, Guillermo A. (2008). *Tratado de Derecho Civil. Parte General. Actualizado*. Tomo II. 13° edición. Buenos Aires: Editorial La Ley, pág. 27.

³³² Borda, Guillermo A., ob. cit., pág. 27.

III. Bienes del dominio estatal

El CC reguló los bienes de dominio estatal clasificándolos como bienes públicos y bienes privados del Estado general o de los Estados particulares, conforme lo preceptuado en los artículos 2339 a 2342 del CC.³³³

³³³ Código Civil: Art. 2339: “Las cosas son bienes públicos del Estado general que forma la Nación, o de los Estados particulares de que ella se compone, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional; o son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares.” Art. 2340: “Quedan comprendidos entre los bienes públicos: 1°) Los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua; 2°) Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros; 3°) Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación; 4°) Las playas del mar y las riberas internas de los ríos, entendiéndose por tales la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias; 5°) Los lagos navegables y sus lechos; 6°) Las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables, cuando ellas no pertenezcan a particulares; 7°) Las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; 8°) Los documentos oficiales de los poderes del Estado; 9°) Las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico.” (*Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 17711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.*) Art. 2341: “Las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los Estados, pero estarán sujetas a las disposiciones de este código y a las ordenanzas generales o locales.” Art. 2342: “Son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares: 1°) Todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño; 2°) Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra; 3°) Los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este código; 4°) Los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado o por los Estados, y todos los bienes adquiridos por el Estado o por los Estados por cualquier título; 5°) Las embarcaciones que diesen en las costas de los mares o ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos o de corsarios”.

Por su parte, el CCyC en los artículos 235 y 236,³³⁴ replica esta clasificación y con diferente terminología refiere a los bienes pertenecientes al dominio público y al dominio privado del Estado. Asimismo, enuncia en el artículo 237 que los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Caracteres que en el CC no se encontraban así explicitados.

³³⁴ Código Civil y Comercial: Art. 235: “Bienes pertenecientes al dominio público. Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo; b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso; c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos; d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares; e) el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial; f) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; g) los documentos oficiales del Estado; h) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos” Art. 236: “Bienes del dominio privado del Estado. Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales: a) los inmuebles que carecen de dueño; b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería; c) los lagos no navegables que carecen de dueño; d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros; e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título”.

Esta clasificación de los bienes del Estado ha traído en el derecho público una división en las opiniones doctrinarias puesto que algunos autores han sostenido que la distinción se centra en “el destino de interés, uso o utilidad común de los bienes”, mientras que otros han sostenido que los bienes públicos son exclusivamente aquellos que se encuentran “afectados al uso directo de la población”, quedando fuera de esta clasificación aquellos bienes cuyo uso público es indirecto, como podría ser un edificio que sirve como sede de un organismo público o los bienes utilizados en la prestación de un servicio público.³³⁵

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en una sentencia del año 1930, en ocasión de expedirse sobre esta temática, sostuvo que los bienes del Estado destinados a un servicio público resultan bienes inembargables, fuera del comercio.³³⁶ Es decir, que adoptó la tesis que sostiene que resultan bienes de dominio público tanto aquellos bienes de uso directo como indirecto por parte de la comunidad.

Ya bajo la vigencia del CCyC, encontramos una sentencia del año 2015, correspondiente a la Sala IV de la Cámara Civil y Comercial de Corrientes. Este Tribunal, siguiendo la línea jurisprudencial trazada por la CSJN bajo la vigencia del CC, rechazó una demanda por usucapión reconociendo que los bienes objeto del litigio resultaban del dominio público provincial y por tanto resultaban imprescriptibles los terrenos que serían utilizados para el Aeropuerto Internacional de Corrientes.³³⁷

Conforme se desprende de los fallos citados, poder diferenciar si los bienes del Estado resultan de dominio público o privado no se limita a una discusión teórica, sino que tiene efectos directos en el régimen jurídico que será aplicable.

Frente a esta disquisición, una vez más el derecho romano se erige como necesario para hallar luz a esta cuestión mediante la remisión a nuestras raíces romanistas.

³³⁵ Balbín, Carlos (2015). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. 2° edición. Buenos Aires: Editorial La Ley, pág. 912.

³³⁶ Fallos: 158:358.

³³⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, Sala IV, “*Mur Ramón Gumersindo C/Estado de la Provincia de Corrientes S/Prescripción Adquisitiva*”, EXP 50414/10, 9 de octubre de 2015. Disponible en: <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/066/328/000066328.pdf>

IV. Clasificación de las cosas en Roma

Siguiendo la clasificación de Gayo en Institutas II. 1, las cosas se encuentran dentro del patrimonio y fuera del patrimonio o lo que en Digesto 18. 1. 6 se clasifica como *res in commercio* y *res extra commercium*. Esto significa que unas son susceptibles de ser objeto de relaciones jurídicas privadas, mientras que las otras se encuentran fuera del tráfico jurídico por una disposición de la ley.³³⁸ Asimismo, Gayo nos dice que todas las cosas son de derecho divino o de derecho humano (*Res Divini Juris* y *Res Humani Juris*).³³⁹

En lo que aquí interesa, nos centraremos en las cosas de derecho humano excluidas del comercio. Entre ellas encontramos las *Res Comunes*,³⁴⁰ que son aquellas cosas que por el *ius naturale* son comunes a todos los hombres: aire, agua corriente, como así también el mar. Por este motivo la navegación y la pesca eran libres. En el mismo sentido, las costas del mar –*littora maris*– forman parte de las *Res Communes*.³⁴¹ El uso de tales bienes, como también el uso genérico de las costas marítimas, se encontraba protegido por la *actio iniuriarum* contra aquel que impidiera tales usos.³⁴²

En segundo lugar, entre las cosas de derecho humano excluidas del comercio encontramos las *Res Publicae*, que son las cosas del *populus Romanus*, es decir, que pertenecen al pueblo romano.³⁴³ Sobre las cosas que ingresaban en esta clasificación se ejercía un verdadero derecho de propiedad y llegaban a esta situación por la *publicatio*, es decir, por la realización de una ceremonia especial que las destinaba al uso público.³⁴⁴ Entre ellas, a modo de ejemplo podemos mencionar las calles, plazas, termas, foros, teatros, bibliotecas, puentes, entre otros.

³³⁸ Peña Guzmán y Argüello, ob. cit., p. 21.

³³⁹ Es preciso mencionar que algunos autores sostienen que Marciano introdujo una categoría más: *res communes omnium*, la cual no fue universalmente conocida. Falcón, Marco, “Res Communes Omnium”. *Vicende Storiche e Interesse Attuale di una Categoria Romana*.

³⁴⁰ Inst. 2. 1. 1.; D. 43. 1. 1 pr.; D. 1. 8. 2.

³⁴¹ Conforme Inst., 2.1.3, las costas del mar se consideraba que llegaban hasta donde se extendían las aguas en las mareas más altas.

³⁴² D. 43. 8. 2. 9.

³⁴³ D. 50. 16. 15; D. 1. 8. 1 pr.; Inst., 2. 16; Gayo, 2. 11.

³⁴⁴ Peña Guzmán y Argüello, ob. cit., pág. 26. Arias Ramos, José (1958). *Derecho Romano*. Tomo I. 7ª edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 98.

Pomponio, apoyándose en Celso (D. 18. 1. 6 pr.), realiza una diferencia entre las cosas que se tienen en uso público (*res publico usu habentur*) y las cosas que están en el patrimonio del *populus* (*in pecunia populus*) careciendo de uso público, es decir, “cosas que entraban en el patrimonio privado del pueblo romano (...) susceptibles de tráfico comercial”.³⁴⁵ A modo de ejemplo es posible mencionar el dinero que formaba el tesoro público, el producido de los impuestos, los esclavos públicos, terrenos públicos, etc. Las cuales pueden entrar en el tráfico jurídico, pudiendo adquirirlas los particulares por venta del *populus* (D. 16. 17. 1).

El uso de la cosa pública estuvo protegido también por la *Actio Iniuriarum*, que podía ser ejercida por la persona que se viera impedida de gozar de la cosa pública.³⁴⁶ A su vez, con el derecho pretoriano se crearon interdictos que buscaron asegurar la circulación por los caminos o los ríos públicos y castigar abusos que impidiesen el uso de la cosa pública.³⁴⁷

En tercer lugar, se encuentran las *Res universitatis*, que son las cosas propias de los habitantes de un *municipium* o *civitas*, como ser el campo municipal, teatros o estadios. Cosas que se consideran de toda la comunidad de los *municipes* o *cives* y que también se encuentran destinadas para el uso de todos.³⁴⁸

V. Los bienes de dominio estatal y las cosas fuera del comercio en Roma

Teniendo en consideración la clasificación romana de cosas enunciada *ut supra*, vemos que los bienes de dominio público estatal resultan concordantes con las *res* que Gayo clasificaba como cosas fuera del patrimonio por derecho humano.

Esta comparación encuentra su fundamento en el nuevo artículo 237 CCyC

³⁴⁵ Peña Guzmán y Argüello, ob. cit., p. 26.

³⁴⁶ Por ejemplo, se le impedía pescar en el mar, concurrir a los teatros municipales o utilizar los baños públicos.

³⁴⁷ D. 43. 8. 2, pr., 1, 9; D. 43. 7-15; 47. 10. 13. 7.

³⁴⁸ Di Pietro, Alfredo (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, página 106-107; Petit, ob. cit., pág. 180; Inst. 2. 1. 6; D. 1. 8. 6. 1.

—que no existía en el CC—, donde se caracteriza a los bienes del dominio público estatal como aquellos que se encuentran fuera del comercio, es decir, no se pueden enajenar ni se podrían adquirir por usucapión como tampoco podrían ser garantía de los acreedores.³⁴⁹

Continuando, vemos que los bienes mencionados en el artículo 235 del CCyC (bienes pertenecientes al dominio público), tal como ocurría con las *Res Publicae* requieren de un acto de afectación del Poder Legislativo o Ejecutivo para que el bien pase a ser del dominio público del Estado. En este sentido, es posible afirmar que la afectación “es el acto por el cual un bien es incorporado al dominio público y se le aplica el régimen jurídico consecuente”.³⁵⁰ Esta afectación de la que hablamos resulta en extremo similar, cuanto menos en su propósito, a la ceremonia especial que se realizaba en Roma, llamada *publicatio*, que tenía por finalidad destinar el bien al uso público.

Finalmente, en lo que refiere a los bienes de dominio privado del Estado (artículo 236 del CCyC), en Roma encontramos su antecedente en las *Res Publicae in pecunia populus*, es decir, las cosas que están en el patrimonio del *populus* pero que carecen de uso público y que, en consecuencia, son susceptibles de tráfico comercial, es decir, bienes que podían entrar en el tráfico jurídico y ser adquiridos por los particulares por venta, conforme surge de Digesto D. 18. 1. 6 pr.

Como vemos, en función del recorrido realizado una vez más podemos reafirmar los antecedentes romanos que posee nuestro actual CCyC y cómo desde el derecho romano se puede aportar a discusiones de suma actualidad.

³⁴⁹ Lorenzetti, ob. cit., págs. 772 y 778.

³⁵⁰ Balbín, ob. cit., pág 916. Este autor diferencia los bienes de dominio público estatal natural y artificial y afirma que para los primeros es necesario una ley; no obstante, para los segundos además de una ley resulta menester el dictado de un acto administrativo de alcance particular —ejemplo: calles, plazas y caminos—.

La protección a la vivienda en el derecho romano y la comparativa con el sistema del artículo 58 de la Constitución de la Provincia de Córdoba

Por Agustina Sol Bernardi y Emerson Federico Scrofono³⁵¹

I. Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo fundamental el desarrollo de la institución de la *bonorum cessio* en el derecho romano, para que esta sirva como introducción al estudio del instituto general de la protección a la vivienda; posteriormente se propone analizar exhaustivamente el contenido del artículo 58 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, que lleva como título “Vivienda”. Además, se propone un recorrido de análisis jurisprudencial por fallos dictados por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba

³⁵¹ Estudiantes avanzados de la carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Ambos son miembros del Instituto de Derecho Romano “Dr. Agustín Díaz Bialek”. Casilla de correo electrónico: emersonscrofono@gmail.com y agustinabernardi1@gmail.com.

y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que han debatido acerca de la constitucionalidad de dicho artículo. Por último, es necesario remarcar que dicho trabajo es la antesala de una investigación más profunda sobre protección a la vivienda.

Abstract

*This work has as fundamental objective the development of the institution of *cessio bonorum* in roman law, so that it serves as an introduction to the study of the general institute of housing protection; subsequently, it is proposed to analyze thoroughly the content of article 58 of the Constitution of the Province of Cordoba –which is entitled as “Housing”–. In addition to this, a tour of jurisprudential analysis is proposed by judgments handed down by The Superior Court of Justice of the Province of Cordoba and the Supreme Court of Justice of the Nation that have discussed the constitutionality of the previously mentioned article. Finally, it is necessary to emphasize that such work is the prelude for a deeper investigation on Protection of Housing.*

II. Introducción

Desde los primeros tiempos del derecho y de la mano de los grandes pensadores y legistas romanos, se ha intentado, y muy bien logrado, denotar la voluntad de proteger determinados bienes y derechos del ciudadano, siendo un claro y tajante ejemplo el instituto de la *bonorum cessio*.

Actualmente, desde nuestro lugar de estudiantes investigadores, defendemos, creemos y cuidamos la vigencia y el estudio del derecho romano, cuyas bases son más que ostensibles en cualquiera de las áreas de la abogacía. Es así como intentamos plasmar a través de este escrito de investigación una especie de relación respecto a la provincia de Córdoba, preguntándonos cuál sería el alcance de la influencia de aquella *bonorum cessio* –pensada, creada e ilustrada por los pensadores romanos– respecto a nuestra Constitución Provincial, haciendo énfasis en cómo interactúa con su artículo 58 –“Vivienda”– y su reiterada redargución de inconstitucionalidad.

III. Concepto y alcance del vocablo familia en la cultura romana

La compleja estructura de la vasta cultura romana se ha basado en un concepto e institución presente desde la antigüedad y que tiene implicancia tanto al ámbito social y jurídico que es la familia, la institución más elemental y básica de la sociedad.

Es sabido que la persona física puede ser *Sui Iuris* o *Alieni Iuris*. En el caso de la primera condición, se encuentra libre de toda autoridad; y siendo alguien *Alieni Iuri*, se encuentra sometido a la voluntad de otro.

A lo largo del transcurrir dos palabras latinas sirvieron para indicar el concepto que hoy entendemos por familia: *familia* y *domus*.

La palabra *domus* hacía referencia a la unidad doméstica que constituía un grupo de personas y era utilizada con frecuencia por el ciudadano romano. El alcance era más extenso que el que hoy se vincula la palabra familia, ya que comprendía a todas las personas que se encontraban en la casa, que constituían esa unidad doméstica y al mismo tiempo una unidad económica, incluyendo, por ejemplo, a los esclavos del hogar.

Por otro lado, la palabra *familia* ha tenido diferentes acepciones que van desde un sentido estricto a un sentido amplio, incluyendo o no determinadas personas de las relaciones de parentesco. Autores como Ulpiano han investigado los diversos alcances de la palabra familia. Es necesario distinguir el concepto de familia relacionado a las cosas con el concepto de familia relacionado a las personas. En el primer caso, se relaciona con lo patrimonial y puede ser comprendido como sinónimo de todos aquellos bienes que conforman el patrimonio de las personas que conforman el grupo doméstico. Este fue el sentido que le dio la Ley de las XII Tablas. El concepto de familia relacionado con las personas a su vez puede tener diferentes acepciones. Según se acerque al sentido estricto este hace referencia a la inclusión del padre y aquellos que se encuentran bajo la autoridad del mismo, por ejemplo, la esposa casada *cum manu*, los hijos sometidos a la patria potestad. La familia en sentido amplio incluye a todos aquellos quienes están sujetos a la autoridad del mismo *pater*. En un sentido aún más amplio se debe incluir en el concepto familiar a todos aquellos que estaban emparentados de varón en varón con un antepasado común y por lo tanto compartían un *nomen* común. Por el contrario, en el sentido mínimo en cuanto abarcativo la familia incluye solo una persona, este era el varón *Sui Iuris*.

En general, la familia romana, a diferencia de la actualidad, solía estar conformada por decenas y centenas de personas. En tanto que en los primeros momentos todo debía de resolverse en el núcleo familiar, que servía de tribunal, centro de la religión, entre otros aspectos. La importancia de la familia para el desarrollo de la cultura romana fue fundamental, a ello se debe que el derecho buscó protegerla formando instituciones que sirvieran a su conservación y preservación.

IV. Reseña breve de las instituciones del derecho romano

Es sabido que el conjunto de bienes que posee una persona, en tanto bienes materiales –denominados cosas– o bienes inmateriales –denominados derechos, siempre que sean susceptibles de tener valor pecuniario– integran el patrimonio de la persona. Todo ello según lo ha preceptuado el Código Civil velezano inspirado por el régimen de derecho romano.

Asimismo, se conoce que el procedimiento de ejecución patrimonial del derecho romano era dirigido esencialmente contra la persona y de manera indirecta contra los bienes de ésta, pues así lo mencionan varias fuentes. No deja de ser necesario recalcar que surge posteriormente un procedimiento enteramente particular, por medio del cual el acreedor de un crédito va en contra del patrimonio del deudor para obtener la satisfacción de su derecho crediticio. Este modelo no es más que una copia de aquel que ya tenía instaurado el derecho romano público por medio del cual el cuestor era puesto en posesión de los bienes del deudor de los créditos del Estado acreedor y se ocupaba de su venta denominada *sectio bonorum*, para una vez vendidos estos, retirar del monto la suma debida en concepto del crédito al erario.

Gayo menciona que un pretor de nombre Rutilio instituyó la *bonorum venditio*. Cabe expresar que el procedimiento dirigido contra el patrimonio del deudor consta de dos etapas bien diferenciadas: la primera es aquella en la cual se pone a los acreedores en posesión del patrimonio del deudor, para que en un segundo periodo se venda ese patrimonio como una universalidad y mediante el resultado obtenido se proceda a satisfacer los créditos de los acreedores.

La característica de este procedimiento es que no hay una ejecución aislada de cada uno de los acreedores contra el deudor, sino que todos concurren para atacar el patrimonio del deudor, concurso que puede ser equiparado al actual procedimiento de quiebra de nuestro derecho argentino.

Para este procedimiento el acreedor se presenta ante el magistrado (el cual posee *imperium*) y pide que se le ponga en posesión de los bienes del deudor (momento denominado *postulatio*). Posterior a ello el pretor le concede la *missio in possessionem* sin más averiguaciones. Puesto en posesión uno de los acreedores, queda abierto el concurso para que otros acreedores vengan y se ponga también en posesión a todos ellos, los cuales serán advertidos del procedimiento mediante una proclama pública denominada *proscriptio*.

Se debía esperar un tiempo para darle la oportunidad al deudor de recuperar su propio patrimonio poniendo garantías de la satisfacción a los acreedores o la posibilidad de invalidar el derecho de tales acreedores. La consecuencia de no actuar es que habiendo transcurrido el plazo legal de la puesta en posesión no tenía derecho ya a impugnar el crédito de los acreedores, puesto que su derecho estaba caduco, para proceder con cualquier impugnación en esta etapa era necesaria una *cautio iuducatum solvi*.

Transcurrido este trámite sin que el deudor haya impugnado cosa alguna, se procede a la *bonorum venditio*, es decir, la venta de los bienes del deudor. Para ello el proceso comienza con el nombramiento por parte de los acreedores de un *magister*. Puede darse el caso de que varios acreedores pidan ser puestos en posesión de los bienes, pero siempre el escogido para la venta del patrimonio es uno solo, elegido de común acuerdo entre todos, según establece el Digesto.³⁵² Dicho *magister* será encargado, en un primer momento, del acto importantísimo de inventariar el patrimonio del deudor, para posteriormente proceder a la verificación de todos y cada uno de los créditos de los que se han presentado a este concurso, y de acuerdo a ello, contemplar si existen y en qué rango las preferencias de los acreedores. Posteriormente deberá computar el activo y el pasivo para proceder a la correspondiente venta de los bienes, que se hará a través de una subasta pública. Es característico de este proceso que no se vende el patrimonio por una suma total la cual luego es dividida entre los acreedores, sino que se vende el patrimonio a condición de que el comprador satisfaga los derechos de los acreedores, por lo cual el comprador que resulta adjudicatario de los bienes debe ofrecer al acreedor una parte o todo de lo que le era debido y será adjudicatario de la compra aquel que logre la mayor cantidad de acreedores satisfechos.

Al comprador se le transmite el patrimonio a través de una *successio per universi-*

³⁵² Ulpiano, D 42. 5. 15 pr.

tatem y queda en su cabeza la obligación de pagar la parte alícuota ofrecida a los acreedores del deudor. Además, no adquiere sino una propiedad pretoria que posteriormente podrá ser transformada en civil por medio de la usucapión.

En miras de los derechos del deudor, se considera a este una manera de sustraerse de los perjuicios y las lesiones que el proceso le podía acarrear. Se le otorga la posibilidad, allá por el año 17 antes de Jesucristo, la posibilidad de ceder el patrimonio al litigante victorioso, quien a cambio debería permitirle conservar lo necesario para vivir y además evitar al ejecutado los perjuicios a tacha de infamia.

Se transcriben a continuación las palabras vertidas por Gayo en sus Institutas:³⁵³

TÍTULO VI.

De las demás sucesiones universales.

S. 77. Examinemos ahora la sucesión que nos compete por la compra de los bienes.

S. 78. Los bienes de las personas pueden venderse durante su vida o después de su fallecimiento. Se venden durante su vida, cuando alguno se oculta con ánimo de defraudar a otro y no se defiende durante su ausencia; cuando uno hace cesión de sus bienes en virtud de la Ley Julia, y por último, cuando después de un juicio espira el término concedido para el pago tanto por la Ley de las Doce Tablas como por el edicto del pretor. Después de su fallecimiento se venden los bienes de aquellas personas de quienes se sabe ciertamente que no existen herederos poseedores de bienes ni sucesor alguno legítimo de cualquier otro género.

S. 79. Cuando se venden los bienes en vida de una persona, manda el pretor que sean embargados y anunciados por carteles durante treinta días continuos; al paso que bastan quince, si se venden después de muerta la persona. En seguida manda que se reúnan los acreedores y que se nombre un síndico (*magistrum*) de entre ellos, es decir, uno que se encargue de la venta... (Possideri).

³⁵³ Gayo, I 3. 77, 78, 79.

V. Una mirada hacia el derecho constitucional cordobés

“La vivienda única es inembargable”³⁵⁴ reza el primer párrafo del artículo 58 de la Constitución de la Provincia de Córdoba. Estando al texto literal de la Ley Suprema Provincial se podría concluir entonces que, en pos al principio del derecho privado “todo el patrimonio del deudor es prenda común de sus acreedores”,³⁵⁵ se estaría frente a una excepción, adentrándonos así en una jerga normativa suscita entre el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

No cabe lugar a dudas, la cuestión versa sobre el bloque de constitucionalidad, derechos fundamentales consagrados y la delegación de poderes, pues si bien las provincias son autónomas con poderes propios y no simples divisiones administrativas, se debe indagar: ¿se ve afectada la homogeneidad de las instituciones en cuestión respecto al interés particular que denota la provincia de Córdoba sobre lo atinente a la inembargabilidad de la vivienda única, vulnerando la primacía jerárquica del gobierno central y consecuentemente la delegación de poderes³⁵⁶ y los fines de la Ley Suprema de la Nación? ¿Puede el ente provincial discernir en cuanto a bienes jurídicos protegidos, reorganizando el valor que a estos les ha sido otorgado por la Nación?

Como regla general, los actos provinciales no pueden ser invalidados excepto que: 1) la Constitución conceda al gobierno federal un poder exclusivo en términos expresos; 2) el ejercicio de idénticos poderes haya sido categóricamente prohibido a las provincias y 3) exista incompatibilidad absoluta y

³⁵⁴ Artículo 58, Constitución de la Provincia de Córdoba. “Todos los habitantes tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, la que, junto a los servicios con ella conexos y la tierra necesaria para su asentamiento, tiene un valor social fundamental. La vivienda única es inembargable, en las condiciones que fija la ley (...)”

³⁵⁵ Artículo 743, Código Civil y Comercial de la Nación. “Bienes que constituyen la garantía. Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero solo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia”

³⁵⁶ Artículo 121, Constitución Nacional. “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.”

directa en el ejercicio de ellos por parte de la jurisdicción provincial, pero pese y frente a esto no se puede obviar que la doctrina legislativa de Córdoba ha demostrado de manera clara el interés de proteger a la vivienda cuando revista el carácter de única, surgiendo de manera clara una inclinación que intenta posicionar lo axiológico –escala de valores y derechos fundamentales– por sobre lo jurídico y legal –bloque de constitucionalidad y delegación de poderes–.

Es así como el Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba y la Corte Suprema de la Nación se han sumergido durante varios años a una especie de lucha jurisprudencial, con redarguciones de inconstitucionalidad constantes que han culminado en el año 2006 con el fallo “Romero c/ Lema – desalojo”, que no viene más que a reafirmar lo ya sentado en el precedente “Banco del Suquía SA c/ Juan Carlos Tomassini s/ PVE – ejecutivo” del año 2002: la inconstitucionalidad de la norma en pos del principio de la distribución y delegación de poderes.

Dice Guillermo Barrera Buteler:

El régimen de las obligaciones, de las cosas, del patrimonio y de la sujeción o no de los bienes del deudor al cumplimiento de las primeras, son materias propias de Derecho Civil y cualquier norma referida a estos temas forma parte de su materia, del Derecho Común, de Fondo cuya regulación ha sido expresamente delegada por las provincias al Congreso de la Nación en el art. 67 inc. 11 de la Constitución Nacional y por lo tanto le está vedado a las primeras según el art. 108 de la C.N. por lo que toda disposición de cualquier naturaleza dictada por las autoridades de provincia que contrarie una ley dictada por el Congreso de la Nación resulta inconstitucional.

VI. Conclusión

Véase que desde la civilización romana hasta la actualidad los juristas han intentado dotar de valor axiológico a los bienes materiales o inmateriales brindándoles, a través de las leyes, la protección que creían que estos, tasados por su cuantía moral, debían merecer.

La *bonorum cessio* estableció en su época un orden de prelación respecto a la ejecutabilidad de un bien –material o inmaterial– frente al derecho crediticio del acreedor. Hoy la cuestión no sufre máximas variaciones, pues

es el Código Civil y Comercial es el texto normativo que establece la regla³⁵⁷ y sus excepciones.³⁵⁸

La principal diferencia radica en la sujeción al orden de jerarquía que existe entre los distintos estamentos del Estado federal y, a su vez, la delegación, concurrencia y exclusión de poderes entre ellos, siendo ineludible recordar la subordinación que surge respecto al bloque de constitucionalidad, razón por la cual, pese a las innumerables razones axiológicas alegadas, la Corte Suprema de la Nación ha decretado jurisprudencialmente la inconstitucionalidad del artículo 58 de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

¿Cómo ha llegado Roma y sus juristas a influir en algo que parece tan remoto, como lo es la Constitución de la Provincia de Córdoba? Pues qué nos hace pensar que podemos heredar de tan arrasadoras civilizaciones en todo aspecto solo la capacidad de asimilar y dictar leyes. La interpretación axiológica y la jerga de valores que Córdoba ha puesto en juego en la incansable lucha por la constitucionalidad —no lograda— del artículo 58 de su Ley Máxima, supera cualquier tipo de regla plasmada en un texto jurídico y refleja un exhaustivo propósito reivindicativo de principios que la provincia tiene como superiores —en cuanto a valores y derechos fundamentales—, intentando una —pareciera inalcanzable— interpretación armónica de las Leyes Fundamentales que nos rigen y sus prioridades morales.

VII. Bibliografía

Bonfante, Pedro (1943). *Historial del Derecho Romano*. Vols. I y II. Valencia: Editorial Revista de Derecho Privado.

Caldera, Rafael (1996). *Derecho Romano. Resúmenes*. Mérida: Ediciones de la Universidad de los Andes.

Código Civil y Comercial de la Nación (2016). Introducción y revisión general del profesor doctor Alberto Bueres. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

³⁵⁷ Artículo 743, Código Civil y Comercial de la Nación.

³⁵⁸ Artículo 744, Código Civil y Comercial de la Nación.

Ghirardi, Juan Carlos y Alba Crespo, Juan José (2015). *Manual de Derecho Romano*. Córdoba: Ediciones Eudecor.

Iglesias, Juan (1958). *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona: Ediciones Ariel.

Justiniano (1986). *Instituciones*. Lima: Mesa Redonda Editores.

Louzan de Solimano, Nelly Dora (1979). *Curso de historia e instituciones del Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial de Belgrano.

Mackeldey, Ferdinand (1847) *Manual de Derecho Romano, que comprende la teoría de la Instituta precedida de una introducción al estudio de este derecho*. Traducido por don Eduardo Gómez Santa María. Madrid: Imprenta de Don José María Alonso.

Mayr, Robert Von (1926). *Historia del Derecho Romano*. Vols. I y II. Barcelona: Editorial Labor.

Ortolan, M. (1848). *De las instituciones del Emperador Justiniano*. Vol. I. Traducido por Francisco Pérez de Anaya. Madrid:

Petit, Eugène (2007). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.

Vázquez, Fernando Emilio (1981). *Diccionario de derecho público*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Vinnio, Arnaldo (1867). *Comentario académico y forense a los cuatro libros de las Instituciones imperiales de Justiniano*. Tit. XIV. n° 5. Madrid: Editorial Librería de D. J. Olivares.

Von Ihering, Rudolf (2001). *El espíritu del Derecho Romano*. Vols. I a IV. Ciudad de México: Editorial Oxford University.

Principio de exclusión de las mujeres de los oficios públicos y de su autonomía patrimonial. Algunas fuentes restrictivas de la capacidad de la mujer en la Roma imperial

Por Marisa Domínguez³⁵⁹

I. Introducción

Este trabajo de investigación se propuso incursionar en los derechos políticos, sociales y civiles que la mujer romana de los últimos años republicanos y primeros siglos del imperio, habría obtenido. Hemos analizado asimismo, y fundamentalmente, cómo se fueron perdiendo para influenciar de manera negativa en las legislaciones posteriores, como la argentina, e imponiendo su inferioridad. La propuesta la haremos a través del estudio y análisis de ciertas fuentes jurídicas restrictivas de sus capacidades que así lo expresan, las cuales

³⁵⁹ Profesora de Derecho Romano. Abogada. Doctoranda. Investigadora categ. V SECYT. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

constituyen algunas de las que influenciaron de manera directa o indirecta en las legislaciones posteriores referidas a la inferioridad femenina.

El objetivo principal consistió en indagar acerca de la capacidad jurídica que tuvo la mujer romana desde los últimos años de la República y durante las etapas imperiales romanas respecto de los derechos políticos, específicamente el poder desempeñar cargos públicos o ejercer profesiones liberales.

II. Desarrollo

Si nos detenemos en el marco referencial, en el cual se encuadra esta investigación, advertimos que el estudio de la mujer en la Antigüedad y el Medioevo ha alcanzado una significación especial en los últimos años. En los variados estudios científicos consultados coinciden en señalar la ausencia de derechos políticos de las mujeres y en resaltar su influencia en la economía, la sociedad y la cultura.³⁶⁰

A pesar de los grandes cambios históricos que vivimos respecto de los derechos adquiridos por las mujeres, hemos observado que esos estudios nos dicen que se han presentado ambigüedades en el tiempo, ya que en el derecho quirritario, primeros tiempos de la época monárquica y en los primeros siglos de la República en la antigua Roma, la mujer carecía de derechos políticos y civiles y de autonomía en el aspecto patrimonial, advirtiéndose una discriminación notable en la estructura social respecto del varón, la cual

³⁶⁰ Cid López, Rosa María (1999). "El Ordo matronarum y los espacios femeninos en la Roma Antigua: las fiestas de Matronalia y Fortuna Muliebris." En *Actas del V Coloquio Internacional de la Asociación Española de Investigación Histórica de las Mujeres*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cadiz; Tello Lázaro, Juan Carlos (2000). "Sobre la situación de la mujer en la Antigüedad Clásica." En *Revista Aula de Letras*. Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.; Cantarella, E. (1991). *La calamidad ambigua. Condición e imagen de la mujer en la antigüedad griega y romana*. Madrid: Clásicas; Véase con mayor profundidad a: Duby, Georges y Perrot, Michelle (eds.) (2000). *Historia de las mujeres*. Madrid: Taurus; Friedlaender, Ludwig (1947). *La Sociedad Romana. Historia de las Costumbres en Roma desde Augusto hasta los Antoninos*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica; Livio, Tito (2010-2011). *Historia de Roma*. Libro I a X.

se habría ido superando en los últimos años republicanos y en los primeros siglos imperiales, para sufrir un nuevo retroceso histórico a partir de los emperadores cristianos.

En esta investigación hemos podido observar que, a pesar de lo manifestado en el párrafo anterior, según Yorio (1943: 56):³⁶¹ “...en los últimos siglos de Roma la mujer había adquirido una independencia civil igual al hombre, del cual podía separarse en cualquier momento...”. Estos logros obtenidos por la mujer romana desde los últimos años de la época republicana en adelante y fundamentalmente en los primeros siglos del Imperio, se tradujeron en la llamada “emancipación de las mujeres”.

Las investigaciones consideradas en este trabajo nos relatan que históricamente la posición jurídica de la mujer fue inferior a la del hombre en el derecho romano. No solo carecía de capacidad para participar en las tareas políticas, sino que sufría graves limitaciones dentro de la esfera privada. Situación que provenía desde la época monárquica, esto es desde los orígenes de la creación del derecho romano, y que, con sus variaciones, a veces ventajosas y otras no, ha llegado a las legislaciones posteriores de influencia romanista, y por transferencia, al derecho argentino, a través de las legislaciones previas que nos rigieron y de las numerosas fuentes jurídicas y literarias que sirvieron de base al sistema de los ordenamientos jurídicos posteriores. Entre ellas, el *Corpus Iuris Civilis*, en especial las contenidas en el Digesto y en las Novelas, ya que el Principio de la prohibición hacia las mujeres se ve reflejado, por ejemplo, en el Libro 50 del Digesto o Pandectas³⁶² y en las grandes obras de historiadores y políticos como Valerio Máximo, Cicerón, Séneca.

A medida que hemos avanzado en esta investigación, hemos observado que la posición de la mujer romana, a pesar de la exclusión de su participación de los oficios públicos y de su dependencia patrimonial respecto del varón, habría ido beneficiándose progresivamente hacia su emancipación, concediéndosele el ejercicio de diversos derechos, fundamentalmente durante la primera época imperial (Principado).

No hay dudas de que desde el comienzo de la fundación de la sociedad

³⁶¹ Yorio, Aquiles (1943). *Tratado de la capacidad jurídica de la mujer*. Buenos Aires: Editorial El Ateneo.

³⁶² D. 50. 17, 2. Título: “*De las diversas reglas del Derecho antiguo*”: Ulpiano, Comentarios a Sabino, Libro I.

romana, el respeto a la mujer fue siempre profundo, de gran estima y protección. Fue enaltecida, principalmente en la sociedad y en el hogar, como la matrona. Pero no podemos olvidar que aún durante los primeros años republicanos, eran consideradas como incapaces legales, de lo cual se derivó que las mismas no tenían participación alguna en asuntos políticos o jurídicos y fueran consideradas socialmente inferiores, sometidas a la *potestas* del *pater familias*.³⁶³ Con el tiempo, esta situación fue morigerándose, surgiendo situaciones que condujeron a una relativa emancipación, caso del matrimonio *sine manu*³⁶⁴ o matrimonio libre.

Las mujeres estaban sometidas en Roma a tutela perpetua (*tutela mulierum*), la cual se prolongaba durante todo el resto de su vida. El motivo de esta forma de protección de por vida era, en principio, la inmadurez y la ligereza de carácter de la mujer, así como su ignorancia en las cuestiones propias del foro.

Estas mujeres estuvieron restringidas en las siguientes esferas: en los derechos políticos, ya fuesen estos activos (*ius suffragii*: votar) o pasivos (*ius honorum*: ser elegidas para cargos públicos); en los espacios públicos vinculados con la política, es decir, en el foro, el senado o las magistraturas; y en todo lo relacionado con el mando militar. Afortunadamente dichas limitaciones fueron evolucionando y, en época imperial, el derecho romano llegó a reconocerles un elevado poder económico con la propiedad de terrenos, bienes,

³⁶³ En Roma, el *pater familias* tenía la autoridad (*potestas*) sobre todas las personas con quienes convivía. Sobre la mujer específicamente tenía la *manus* como poder, por considerarla inferior, y podía venderla, castigarla o matarla según sus deseos. Hasta el siglo II a. C., el matrimonio era generalmente contraído mediante el rito que implicaba la adquisición para el varón de la *manus* sobre la mujer, a través de la cual la esposa ingresaba en la familia de su marido con todo un despliegue de consecuencias jurídicas, económicas y religiosas sobre su persona. La frase más representativa de estas figuras las podemos encontrar en Plauto: "*Hoc viri censeo esse omne quidquid tuum est*" ("Yo pienso que todo lo que tienes pertenece a tu marido"), citado por: Yorio, Aquiles (1943). *Tratado de la capacidad jurídica de la mujer*. Buenos Aires: Editorial El Ateneo.

³⁶⁴ Desde el siglo II a. C. y sobre todo durante el último siglo antes de nuestra era, se generalizó el matrimonio libre, *sine manu*, una forma que ya contemplaba la Ley de las XII Tablas, en virtud de la cual la mujer no se encontraba sometida al poder marital y de hecho era independiente de su esposo en el plano jurídico-económico. No es inusual entre los especialistas referirse a este momento histórico como el de emancipación de la mujer.

esclavos y libertos, así como ciertos derechos sucesorios, pues como procreadoras resulta innegable la función biológica que las emperatrices desempeñaron en el proceso de consolidación del régimen político imperante en cada periodo de la Historia.

Consideramos que la lucha por la igualdad y la no discriminación hacia la mujer por su plena participación política, social, cultural y económica, viene de casi 2000 años –en épocas de la antigua Roma– con adelantos y retrocesos. A las mujeres se les estaba vetado integrar la *officia pública*, ser banqueras, jueces o abogadas o procuradoras y tampoco se les permitía ocupar cargos públicos, magistraturas, ni emitir el voto en los comicios.

La condición jurídica de la mujer respecto de su capacidad cambió a la par que las costumbres y los tiempos, como lo expresáramos anteriormente. Yendo de una desigualdad de trato, en el derecho primitivo, a una asunción de derechos a finales de la república, que para autores de la literatura como Séneca llegan a límites inaceptables para la moral.

En Roma, las mujeres escasas veces intervinieron en política. Ejemplos de ello fue el pedido de abolición de la *Lex Oppia*³⁶⁵ y la rebelión de las mujeres, que condujo al debate, tan conocido entre los cónsules Marcio Porcio Catón y Lucio Valerio Flaco, opositor y defensor de la abrogación dicha ley.

Asimismo, cuentan las fuentes literarias que existieron en Roma mujeres que ejercieron como abogadas y que gozaron de algunos principios, como el de autoridad o *autoritas*, aunque no tenían *potestas* o *imperium*, propio de los varones públicos, para el ejercicio de las funciones políticas.³⁶⁶ Algunas mujeres, disconformes con esta exclusión, decidieron dar un paso al frente

³⁶⁵ La *Lex Oppia* (que debe su nombre al tribuno de la plebe Gayo Oppio), que limitaba las manifestaciones extremas de riqueza en las mujeres. No se les permitía llevar más de media onza de oro en joyas, los vestidos sin colores llamativos para no emplear tintes caros, y habrían de conformarse con la litera y el tiro para circular por Roma e inmediateces, pues se prohibía el carruaje de dos caballos si no era para asistir a algún acontecimiento de carácter religioso. Esta ley surge en un momento de Roma en que era necesario recaudar dinero para solventar las guerras.

³⁶⁶ Núñez Paz, María Isabel (2015). "Auctoritas y mujeres romanas ¿Ejercicio o sumisión?". En *Revista Arenal*, Vol. 2, n° 2: "De la historia surge que ganaron, por méritos propios o ajenos, el privilegio de la *auctoritas* entendida como posición de una institución o de una persona respecto a la sociedad".

y adentrarse dentro de la esfera pública para hacer uso de su voz. Será en la época republicana³⁶⁷ cuando aparecen estas mujeres como Afrania o C. Afrania (Caya Afrania),³⁶⁸ Maesia³⁶⁹ y Hortensia,³⁷⁰ que intentaron demostrar que tenían las mismas aptitudes para postularse que los hombres. Sus historias pueden conocerse a través de los relatos del escritor Valerio Máximo, entre

³⁶⁷ Año 42 a. C específicamente.

³⁶⁸ También conocida como Caya o Gaya Afrania, está considerada la primera abogada de la historia porque, a pesar de que otras mujeres anteriormente ya habían participado en la vida jurídica, esta fue la primera en hacerlo para defender los intereses de terceros y no lo suyos propios.

³⁶⁹ Maesia o Amesia Sentia provenía de una familia acomodada y había recibido una educación de calidad. La fama de Maesia surge como consecuencia de su intervención como acusada, en lo que se piensa que fue un proceso penal. Se presentó sin abogado alguno, con la intención de representarse a sí misma. Gracias a estas habilidades consiguió resultar absuelta casi por unanimidad. Lo hizo solo una vez y dice Valerio que por obligación, por lo que a pesar de que su comportamiento no era el deseado para una buena mujer romana, de alguna manera se le perdonó. Su actuación debió de ser tan brillante que hasta los sectores más conservadores reconocieron sus méritos. Con independencia de esto, en opinión de Valerio Máximo, Maesia poseía un espíritu viril. Como consecuencia de este pensamiento a Maesia se le comenzó a llamar “andrógina”.

³⁷⁰ Era hija del retórico *Quintus Hortensius Hortalus* y considerada por el conjunto de historiadores del derecho como la primera mujer oradora de la historia. Fue elegida por sus compañeras matronas para representarlas y reclamar sus derechos comunes. Vivió en época del segundo triunvirato, fines de la República, la cual se encontraba en una situación financiera pésima, prácticamente de ruina, impulsando que los triunviros decidieran promulgar un edicto, y obligando al colectivo de matronas a pagar un tributo en función de su riqueza y sus posesiones. Esta situación nos recuerda inevitablemente a la *Lex Oppia*, de la cual sabemos que veinte años después es derogada. Es aquí donde entra esta mujer a defender la situación bajo la cual la Ley Oppia las había dejado. En esta época y frente a la rebelión de las mujeres, los magistrados Lucio Valerio Tapo y Marco Fundanio proponen la derogación. Frente a esto, el censor Catón el Viejo va a argumentar que: no es ni propio ni adecuado que una mujer participe en la vida pública, ya que su lugar es el hogar familiar, que las mujeres no deben hacer llegar sus problemas a las instituciones, esto es, que no deberían acudir al foro para solventarlos y que apunta que los hombres que apoyan tanto la iniciativa legislativa como las protestas de las mujeres son débiles. El discurso de Hortensia rezaba resumidamente en:

otros, que las recogió, aunque desde un punto de vista machista y discriminatorio, en *Los nueve libros de los ejemplos y virtudes morales* o también conocido como *factorum et dictorum memorabilium*.³⁷¹ Lo hacen en calidad de oradoras o retóricas, más que como juristas.

Previamente, en el siglo I, Augusto habría declarado a ciertas mujeres, como sabemos, a través del *ius liberorum*,³⁷² exentas de la custodia y el control masculino sobre su propiedad. Específicamente a las ingenuas con tres hijos y a las libertas con cuatro.

A decir de Eva Cantarella³⁷³: "...pocos siglos después del nacimiento de la ciudad de Roma, las mujeres habían alcanzado una independencia económica sorprendente en relación con su condición originaria y con otras mujeres de la antigüedad. Pero la mitad de la población romana, o sea las mujeres, nunca tuvieron posibilidad de acudir a los comicios, ya que estos se desarrollaban en el ámbito público".

Sin lugar a dudas, respecto de los derechos políticos, las mujeres no tenían acceso al voto ni por tanto al poder. Estaban sometidas a la ley, pero no podían intervenir o participar en ella. Se puede decir que eran ciudadanas romanas, pero carecían del *ius honorum* y del *ius suffragii*. Ellas tenían su autonomía

"...si, además, nos priváis también de nuestras propiedades, nos vais a reducir a una situación indigna de nuestro linaje, de nuestras costumbres y de nuestra condición femenina. ¿Por qué hemos de pagar tributos nosotras que no tenemos participación en magistraturas, honores, generalatos, ni, en absoluto, en el gobierno de la cosa pública?"

³⁷¹ Las duras palabras de Valerio Máximo, cuando en su obra *Facta et dicta memorabilia* manifiesta que "C. Afrania, la mujer del senador Licinio Bucco, inclinada a instaurar pleitos, presentaba siempre demandas por sí misma ante el pretor, no porque le faltasen abogados, sino porque su falta de pudor era más fuerte que todo. Así, molestando sin interrupción con sus inusitados lamentos en el Foro a las autoridades judiciales, terminó por constituir el ejemplo más conocido de intriga femenina, hasta el punto de que a las mujeres de costumbres degradadas se le daba el apelativo de 'C. Afrania'. En efecto, de semejante monstruo es mejor transmitir a la posteridad el recuerdo del momento de su muerte que el de su nacimiento".

³⁷² A través de la Ley de Augusto llamada *Lex Iulia et Papia Poppaea*.

³⁷³ Cantarella, Eva (1991). *La mujer romana*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, pág. 34; En el mismo sentido, Del Castillo, Arcadio (1974). "El papel económico de las mujeres en el alto imperio romano". En *Revista Internacional de Sociología* 32 59-76, pág. 59.

de la voluntad viciada, según el pensamiento de la época, debilidad desde su nacimiento. Esta *infirmitas sexus* o *levitas animi*³⁷⁴ no evita que las mujeres estén sometidas a las leyes ni que sean responsables penalmente. Son sujetos pasivos y por ello están excluidas del ejercicio de ciertos derechos, que por historia, por cultura, por reglas, por costumbre, pertenecía a los hombres.

Pero no todas las mujeres limitaron sus tareas a hilar y cuidar de su casa, como se esperaba de ellas. Otras ejercieron diversas profesiones, impulsadas por motivos tan diversos como su situación social, sus medios económicos, su preparación, su ingenio e, incluso, su valor.

Conocemos a través de epígrafes e inscripciones funerarias³⁷⁵ que la mujer en el Alto Imperio realizaba todo tipo de prácticas especulativas y las relativas a la actividad comercial y de mercado. Se la llamaba *negotiatrix*. Aunque en la legislación no estaba admitido, en la práctica ellas fueron verdaderas comerciantes, dueñas de latifundios, mercaderes.³⁷⁶

³⁷⁴ La expresión *imbecillitas sexus* se refiere también a un defecto, al que le falta algo. Este término es menos usado en el Corpus, específicamente en el Digesto mucho menos que la palabra *infirmitas*. Otro término es *impotentia*, el cual hace referencia a la incapacidad para realizar determinados actos o moderar sus pasiones, así lo expresa Tito Livio en sus escritos cuando habla de lo que dijo Catón el Viejo. Otras *impotentia* o *levitas* son términos negativos que se le atribuyeron a las mujeres romanas como atributos para restringir su capacidad civil y política. Esta fragilidad del sexo femenino o la debilidad no solo física sino también psíquica, es la que justificó determinadas incapacidades que hemos tratado de remarcar con el estudio de estas fuentes y que según las leyes y los estudiosos de la época le eran inherentes. Sin lugar a dudas, es esta la idea que a través de la historia fue enraizándose y adoptándose en las legislaciones posteriores, hasta llegar a nuestro derecho. Estas concepciones fueron vertidas por los filósofos griegos, primero Platón y luego Aristóteles. Brevemente, Platón nos decía que las mujeres son resultado de una degeneración física del ser humano y Aristóteles expresaba que no tenía ciertas cualidades, que la hacen defectuosa, por lo que su carácter es adolescente de una imperfección natural. Esta será la filosofía adoptada por el derecho romano y posteriormente en el período cristiano.

³⁷⁵ Muchas de ellas encontradas en la ciudad de Pompeya.

³⁷⁶ En una de las Obras del abogado Cicerón, *Defensa de Aulo Cesina*, se establece en el juicio que la romana *Caesenia* administre su patrimonio y ejerza en las actividades exigidas para gestionar sus fincas, defenderse en litigios y saber desenvolverse y relacionarse con los banqueros de Roma.

Esto nos demuestra que la diferencia entre sexos, o desigualdad de género, se encontraba muy marcada, aún más entre las clases sociales. Podríamos atribuirla a trasfondos culturales, económicos, políticos y aún más sociales. Los hombres, entre ellos los que elaboraron las leyes o los que escribieron las obras o los que gobernaron, consideraban a la mujer diferente a ellos, incapaces civiles y políticas, por lo que las excluían de su poder. Las razones en general fueron históricas y culturales, debido a la sociedad patriarcal en la que se encuadra Roma y al respeto hacia las costumbres primitivas (*mores maiores*), como así también estrategias políticas necesarias para la defensa del estado.

Al decir de Simone de Beauvoir³⁷⁷ en su famosa obra *El segundo sexo*: “Es la insignificancia histórica de las mujeres lo que ha determinado su invisibilidad”. La incapacidad de ejercicio de la mujer romana estaba justificada en su *imbecilitas, fragilitas* o *levitas animi*.

III. El digesto. Análisis de algunos fragmentos

Si tomamos algunas partes del *Corpus Iuris Civilis*, en especial el referido al Digesto o *Pandectas*, encontramos un Principio de Prohibición o exclusión de las mujeres en el ejercicio de los oficios públicos y de su autonomía patrimonial. Estos fragmentos se manifiestan, en palabras del jurista Ulpiano, como una *regula iuris*, enunciándose así: “Las mujeres están apartadas de todas las funciones civiles y públicas, y por ello no pueden ser jueces, ni tener magistratura, ni actuar como abogadas, ni intervenir en representación de alguien, ni ser procuradoras”.³⁷⁸

Esto es en las materias políticas y jurisdiccionales, en que, o por la naturaleza o por decencia, la mujer no podía tener las mismas prerrogativas que los hombres.

Asimismo, respecto de la prohibición de donaciones entre marido y mujer,

³⁷⁷ Beauvoir, Simone de (1949). *El segundo sexo*. Recuperado el 06/08/18 de: <http://users.dsic.upv.es/~pperis/EI20segundo20sexo>. PDF.

³⁷⁸ D. 50. 17. 2. Título: “De las diversas reglas del Derecho antiguo”: Ulpiano, *Comentarios a Sabino*, Libro I.

el Digesto³⁷⁹ reza: “Por el contrario, si la mujer hubiere prestado al marido una pensión anual, se le restituirá esta, y podrá reivindicar lo que quede; creo que podrá ejercitar también la condición por tanto cuanto él se hizo más rico, porque no es tan solemne la anualidad que el marido paga a la mujer, como la que la mujer presta al marido, sino que antes bien es incongruente y contra la naturaleza del sexo”. O en otra:³⁸⁰ “La mujer es principio y fin de la familia”. Resaltamos también, en esta misma dirección, una Constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano que nos dice: “Es sabido que es oficio de hombres, y ajeno a la naturaleza de la mujer, tomar a su cargo la defensa de otro (...)”.³⁸¹

Según estas disposiciones, las mujeres tenían prohibido postular en nombre de terceras personas, aunque no tenían prohibido hacerlo en defensa de sus propios intereses. Pero esta prohibición no solo implicaba una limitación en relación al ejercicio de la abogacía, sino que tampoco se les permitía ser juezas, desempeñar la magistratura o ser procuradoras. Esto es, realizar cualquier oficio civil o público.

De ellas se desprende que el desempeño de la abogacía por parte de algunas mujeres que mencionamos, entre ellas Arfania (Calfarnia o Calpurnia), ha constituido el origen de esta prohibición, como bien lo expresa el Digesto:

En segundo término, se propone un edicto en relación con aquellos que no pueden abogar por otros. En este edicto el pretor estableció exclusiones por razón del sexo y de algunos defectos, y designó también a las personas señaladas por la nota de infamia. En cuanto al sexo, prohíbe que las mujeres aboguen por otro, y la razón de la prohibición es evitar que las mujeres se mezclen en causas ajenas, en contra del pudor propio de su sexo, y desempeñen oficios viriles. Esta prohibición proviene del caso de Carfania, una mujer muy descarada, que, al actuar sin pudor como abogada e importunar al magistrado, dio motivo a este edicto”.³⁸²

³⁷⁹ D. 24. 1. 33, 1, Título: “De las donaciones entre marido y mujer”, Ulpiano, *Comentarios a Sabino*.

³⁸⁰ D. 38. 5. 1. 1, Ulpiano.

³⁸¹ C. 2, 13, 18.

³⁸² D. 3. 1, 5. Ulpiano: *Comentarios al Edicto*, Libro VI.

Esta prohibición no solo rigió durante la época del Imperio Romano, sino que tendrá consecuencias en muchos momentos históricos posteriores. Durante el siglo XVIII, fue utilizada esta regla como excusa para obstaculizar el acceso de las mujeres a los tribunales. A esta restricción se la denominó como “la razón de Calpurnia”.

En el mismo sentido, el jurisconsulto Papiniano,³⁸³ recogido en el Digesto, nos dice: “En muchos extremos de nuestro Derecho es peor la condición de las mujeres que la de los varones”.

Por su parte, la Novela 21 (otra parte constitutiva del *Corpus*) del año 536 aún es más explícita cuando reitera el principio de no discriminación de género: “...Contra la ferocidad de los que denigran a las mujeres, con sentimientos feroces (...) y contra todas aquellas gentes que de tal modo degradan a la naturaleza e injurian al sexo femenino como si no hubiera sido creado por Dios, ni sirviera para la generación, sino como vil y despreciable y excluido de todo el honor que le corresponde. Observándose en lo sucesivo del mismo modo así en cuanto a las mujeres como en cuanto a los hombres”.³⁸⁴

Así, encontramos también en palabras de Séneca la idea de que solo la sabiduría puede salvar a la mujer de su congénita “animalidad”: “...Es un animal carente de inteligencia y, si no se le añaden conocimientos y gran erudición, es feroz y desmesurada en sus pasiones (Séneca: “Sobre la firmeza del sabio”, 14. 1).

Entre los jurisconsultos que mencionamos, el más explícito, en el sentido de favorecer o no justificar estas prohibiciones o restricciones, encontramos a Paulo³⁸⁵ (en contraposición a Ulpiano o Neracio) cuando considera que si bien algunas personas tienen limitado el acceso a poderes jurídicos por ley o discapacidad psíquica, la limitación femenina solo se debe a las costumbres. El jurista posclásico del siglo II d. C. nos dice: “Mas no todos los individuos pueden ser nombrados jueces por aquellos que tienen poder (...) pues algunos están impedidos por la ley; otros por naturaleza, otros por las costumbres; por naturaleza el sordomudo, también el loco incurable y el impúber ya que carecen de juicio; por la ley el que fue expulsado del senado; por las costumbres, las mujeres y los esclavos, y no por carecer de juicio sino porque está admitido que no pueden desempeñar funciones civiles”.

³⁸³ D. 1. 5. 9, Papiniano: *Cuestiones*, Libro XXXI.

³⁸⁴ Nov. 21, Pref. Cap. II, a. 536.

³⁸⁵ D. 5. 1. 12, 2 Paulo: *Comentarios al Edicto*, Libro XVII.

En la línea de Paulo, el jurisconsulto Gayo, en sus *Institutas*, manifiesta tal sensibilidad hacia la alteridad (mujeres y extranjeros). La doctrina ha llegado a considerar que Gayo debió de ser un varón de raza negra o el pseudónimo de una mujer, sin que estos extremos hayan podido llegar a demostrarse y la figura de este jurisconsulto siga siendo una incógnita. Pero sí puede expresarse que pasó a la historia como quien, con mayor vehemencia, desenmascara el prejuicio común y pone de relieve que la idea de paridad entre hombre y mujer no es solo biológica sino también intelectual.

Gayo³⁸⁶ prefiere no utilizar los términos *infirmitas* ni *fragilitas*, y su posición parece más inclinada en favor de la capacidad de la mujer cuando exclama: “Los antiguos quisieron que las mujeres, aunque fueran de edad adulta, estuvieran bajo tutela a causa de la ligereza de su espíritu” o “Apenas hay una razón de peso para que las mujeres en edad adulta estén bajo tutela, pues las mujeres adultas tratan de sus negocios por sí mismas y hay casos en que el tutor interpone su autoridad por mero formalismo”. Y en otro pasaje nos dice:³⁸⁷ “Nadie duda que con la palabra “hombre” se comprende tanto la mujer como el varón”.

Seguramente que si tales afirmaciones hubiesen sido valoradas habrían podido cambiar la historia, pero fueron tan solo meras declaraciones o reglas que estos jurisconsultos emitieron.

A partir del Bajo Imperio, conforme a la legislación cristiana y la patristica, se configura un modelo peculiar de *auctoritas* femenina reducido a “buenas costumbres” que supone un retorno a la subalternidad.

Estas y otras muchas fuentes de sumisión femenina son las que se van a utilizar en el Bajo Imperio para configurar la nueva autoridad femenina centrada exclusivamente en las “buenas costumbres”, el honor. Entre ellas podemos mencionar la que rezaba:³⁸⁸ “Debemos entender por madre de familia la que vive honradamente, pues se distingue y distancia de otras mujeres por sus costumbres”.

Los autores cristianos prefirieron avalar las manifestaciones de Ulpiano o Neracio en su momento, enlazando con la tradicional animalidad femenina de Aristóteles, aquella que consideraba “raza maldita” a las mujeres. Ignoraron en

³⁸⁶ Gayo, *Instituciones* 1, 144 y 190.

³⁸⁷ D. 50. 16. 152, Gayo.

³⁸⁸ D 50, 16, 46, Ulpiano: *Comentarios al Edicto*, Libro LIX.

general a Paulo y a Gayo y acudieron solo a fuentes restrictivas de capacidades femeninas, como las que expresaron otros, entre ellos Ulpiano, para enunciar el “Principio de exclusión de las mujeres de los oficios públicos y de la autonomía patrimonial”. Será ella la *regula iuris* que imperará, sufriendo un retroceso en los derechos que las mujeres habían adquirido. Podemos manifestar que ganó la regla de la inferioridad biológica y anímica y se ubicó como hemos comprobado en la legislación de Justiniano con fuerza, siendo transfundida a las legislaciones posteriores.

Y es así que en las Siete Partidas de Alfonso El Sabio³⁸⁹ la regla continúa presente cuando dice: “Ninguna mujer, aunque sea sabedora, puede ser abogada en juicio por otro (...) porque no es conveniente ni honesta cosa que la mujer tome oficio de varón estando públicamente envuelta con los hombres para razonar por otro” u “Otro sí de mejor condición es el varón que la mujer en muchas cosas, en muchas maneras, como se muestra abiertamente en las leyes de los títulos de este nuestro libro”. Esta regla también la expresa en el mismo Siglo XIII Santo Tomás de Aquino, cuando dice: “La mujer está sometida al varón y no tiene por sí ninguna autoridad”.

En otra de las partes del *Corpus*, respecto de lo que la mujer sí podía hacer, el conocido Código³⁹⁰ nos decía que: “La educación de los pupilos a nadie se ha de confiar mejor que a la propia madre”. Esta fue una de las pocas funciones que las mujeres sí podían ejercer, la cual hacía a la educación de sus hijos en el hogar y a la transmisión del conocimiento de las costumbres antiguas y la religión romana para prepararlos en el ejercicio de los cargos públicos.

Los Códigos Civiles, precedidos por el Código de Napoleón a comienzos del siglo XIX, a través de la llamada codificación, fueron manteniendo este principio de sumisión, fundamentalmente respecto de la mujer casada. Nuestro Código velezano no quedó fuera de esta regla.

Hemos comprobado, a través de este análisis de las fuentes romanas, que a lo largo de la tradición jurídica adoptada en el sistema romanista se mantuvo el principio de sumisión a la autoridad masculina de modo explícito hasta llegar a leyes del siglo XX y XXI, dentro de las cuales esta nuestro reciente Código Civil y Comercial de la Nación.

No cabe duda de que el estudio de la mujer en la Historia se lleva a cabo en

³⁸⁹ Partida III, Ley III; Título X- Partida VII, Título 13, Ley 11.

³⁹⁰ C. 5. 49. 1.

la actualidad desde una perspectiva claramente feminista, es decir, que independientemente del sexo de cada uno de los autores, la mayor parte de ellos asumen la idea de que el estudio de este problema no es posible si no se parte del hecho de que las mujeres, como sexo, grupo o clase —si así se quiere—, han sido el sujeto pasivo de la Historia y han sido objeto del ejercicio de diversas formas de opresión, e incluso explotación que merecen ser analizadas.

Tal vez su problemática aún no está resuelta pero se ha comenzado a tomar conciencia de ella a pasos agigantados, y las conquistas son cada vez mayores. Al decir de Bengoechea Jove (1998: 270),³⁹¹ “...en la nueva historiografía la mujer está colocada en el punto de mira de los investigadores, especialmente en el estudio de las relaciones entre los sexos como producto de una construcción social y aunque se intente acallar, no ha de frenar este proceso de rehabilitación de la mujer en la historia, pues no en vano prescindir de ella sería prescindir de la mitad de la humanidad”.

IV. Conclusiones

Hemos comprobado que tanto en la sociedad antigua como la actual existen mecanismos de control de poder. Roma conoció muchos, entre ellos el ejercido directamente sobre la mujer.

Asimismo, que a lo largo de la historia el tratamiento de la igualdad o diversidad ha dependido, en gran medida, de la situación política y social del momento en que se generaba, o atribuible a la sociedad, la moralidad, las costumbres o al honor, o también a cuestiones culturales e históricas y no fue por encontrarse convencidos de la igualdad de género.

Sin lugar a dudas, el modelo de mujeres estudiadas pertenecía a la clase alta romana y culta, ya que las pobres y sin recursos, sin mencionar las esclavas, se quedaron automáticamente fuera de las reivindicaciones de estos derechos.

En una primera época primó una negativa a permitir que la mujer accediese a los espacios tradicionalmente calificados como “masculinos”, que en este

³⁹¹ Bengoechea Jove, Mariah Cándida. (1998). La historia de la mujer y la historia del género en la Roma Antigua. En *Espacio Tiempo y Forma*. Serie II. Historia Antigua 11.

caso concreto son los de las profesiones jurídicas y la vida pública.

Durante un largo tiempo, en la historia romana –y hasta épocas recientes en otros países– las mujeres fueron excluidas de la profesión legal, de los derechos laborales, de sus derechos políticos, ya sea por impedimentos legales o por restricciones culturales y/o sociales, como lo expresáramos en el desarrollo de este trabajo.

Los autores cristianos prefirieron avalar las manifestaciones de Ulpiano o Neracio en su momento, enlazando con la tradicional animalidad femenina de Aristóteles, aquella que consideraba “raza maldita” a las mujeres, e ignorar en general a Paulo o a Gayo, y acudieron solo a fuentes restrictivas de capacidades femeninas, como las que expresaron otros, entre ellos Ulpiano, para enunciar en el *Corpus iuris Civilis*, específicamente en el Digesto, Libro 50, el “Principio de exclusión de las mujeres de los oficios públicos y de la autonomía patrimonial”.

Fue esta la *regula iuris* que imperará en los ordenamientos posteriores, sufriendo un retroceso en los derechos que las mujeres habían adquirido. Ellos podrían ser comparados a los de la mujer durante el siglo XXI. Pero debemos manifestar que ganó la regla de la inferioridad biológica y anímica y se ubicó, como hemos comprobado, en la legislación de Justiniano con fuerza, siendo transfundida a las legislaciones posteriores.

Sin lugar a dudas, es esta la idea que a través de la historia fue enraizándose y adoptándose en las legislaciones posteriores hasta llegar a nuestro derecho, a pesar de las opiniones de algunos jurisconsultos que hubiesen podido cambiar el rumbo y la situación de la mujer en la sociedad.

Como consecuencia de todo este proceso, la realidad actual, afortunadamente, resulta considerablemente más equitativa para los dos sexos, especialmente el femenino, aunque no fácil en la historia de la mujer.

Estamos convencidas de que aún resta mucho camino por andar, aunque muchas veces la realidad todavía nos muestra cierta desigualdad que no se condice con las normas igualitarias imperantes en el sistema legal universal y afortunadamente también en nuestro sistema jurídico argentino.

V. Bibliografía

Bengoechea Jove, Mariah Cándida. (1998). La historia de la mujer y la historia del género en la Roma Antigua. En *Revista Espacio Tiempo y Forma. Serie II. Historia Antigua* 11.

Beauvoir, Simone de (1949). *El segundo sexo*. Recuperado el 06/08/18 de: <http://users.dsic.upv.es/~pperis/El20segundo20sexo>. PDF.

Cantarella, Eva (1991). *La calamidad ambigua. Condición e imagen de la mujer en la antigüedad griega y romana*. Traducción y presentación de A. Pociña. Madrid: Ediciones Akal.

Cuerpo de Derecho Civil Romano (1897). Traducción de Ildefonso García del Corral. Barcelona.

D’Ors Pérez-Peix, Alvaro (1943). *Gayo. Instituciones*. Madrid: Colección Escolar de Fuentes Jurídicas Romanas. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria.

Del Castillo, Arcadio (1974). “El papel económico de las mujeres en el alto imperio romano”. En *Revista Internacional de Sociología* 32 59-76

Di Pietro, Alfredo (1996). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Ghirardi, Juan Carlos (2018). *Mujeres protagonistas en el Imperio Romano*. Córdoba: Ediciones Eudecor.

Kühne, Viviana (2008). *De la mejor manera de ejercitar el poder sobre las mujeres: La ley Opia: un antiguo debate*. 1º edición. Buenos Aires: Editorial Biblos.

Núñez Paz, María Isabel (2015). En Rodríguez López, Rosalía y Bravo Bosch, María José (editoras). *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*. Madrid: Dykinson. Pag. 418. Recuperado el 6/8/2018 de https://books.google.com.ar/books?id=we6rbUWh_jgC&pg=PA519&lpg=PA519&dq=carfania+abogada&source=bl&ots=XBdXGKJwOU&sig=g9QPMDJWoz7yl-

Sobre la herencia imperial romana

Por José María Monzón³⁹²

Resumen

El imperio creado por Augusto sobrevivió en la memoria europea como un ideal del cual algunos imperios –como el inglés– supieron aprovechar para justificar su legitimidad. Esto también se observa en la construcción del poder imperial norteamericano y en la aceptación de su excepcionalidad en orden a recrear desde el siglo XX la pax romana.

Palabras clave: Imperio Romano; Imperio inglés; herencia; América imperial; excepcionalidad.

³⁹² Doctor en Derecho, Profesor de Teoría General del Derecho e Investigador. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Contacto: monzonjm@derecho.uba.ar.

I.

Cuando Rossiter publica en 1948 su libro *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*,³⁹³ sosteniendo que un Estado democrático debía tener un mecanismo para establecer un gobierno poderoso y autoritario durante una crisis, con raíces en la República romana, no estaba en su mente la expansión del campo de la seguridad nacional ni la extensión que se produjo en los poderes presidenciales, ni, por supuesto, previó el 11S. Este discípulo de Corwin, a quien dedica su obra, argumenta que debe terminarse con el gasto de energías que supone la discusión acerca de si el gobierno de los Estados Unidos debe ser fuerte o no. Lo que importa es que sea fuerte porque, en caso contrario, será borrado. En consecuencia, el problema pasa por lograr un poder que sea efectivo y responsable de que, en un futuro, si surge una posible dictadura esta sea constitucional. En palabras de Rossiter, “*it is not too much to say that the destiny of this nation in the Atomic Age will rest in the capacity of the Presidency as an institution of constitutional dictatorship*”.³⁹⁴

Si resumimos el punto de debate podemos coincidir con Hobbes: lo que se discute es el poder, el de quien gobierna y de quienes son gobernados, y cómo se debe ejercer en determinadas circunstancias. En cierta manera, se renueva el tema de la gobernabilidad, en particular el que se planteó a fines de la República romana y que tuvo como actores principales a Cicerón, Pompeyo, Julio César y Octavio, entre otros. La cuestión, en aquel caso como en otros, es cómo gobernar un Estado en un ambiente de incertidumbre, hoy bajo de procesos de globalización y de regionalización, conflictos inter e intraestatales y otras emergencias de magnitud significativa, cuyo conjunto se denominan riesgos globales. En ese marco, resolver el problema de la gobernabilidad es un asunto que involucra a todos los Estados, especialmente a aquellos que tienen un peso más relevante en la política internacional.

³⁹³ Rossiter, Clinton (1948). *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*. Princeton: Routledge.

³⁹⁴ Rudenstine, David (2013). *Roman Roots for an Imperial Presidency: Revisiting Clinton Rossiter's 1948 Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*. En *Cardozo Law Review*, 34, 1063 ss.

Con relación a esto, Ikenberry³⁹⁵ señala que hay dos dificultades a resolver: una concierne a la distinción entre anarquía y jerarquía, y la otra que se relaciona con las nociones de imperio, hegemonía y seguridad comunitaria. El primer problema se soluciona fundando una autoridad central y el segundo acudiendo al establecimiento de una seguridad comunitaria que requiere modos formales e institucionales de gobierno. Si nos remitimos al mundo antiguo observamos que la primera cuestión se resuelve en cabeza del emperador, quien conforma una jerarquía administrativa de gobierno acorde con las necesidades del momento. En cuanto al segundo obstáculo, se soluciona organizando una red de relaciones con otros reinos y gobernantes, estableciendo diferentes modos de vinculación de acuerdo a la apreciación que haga el emperador de las circunstancias particulares de cada caso.³⁹⁶ Y en ambos casos sin acudir a ninguna teoría previa del buen gobierno, aunque existan relevantes obras de Platón y Aristóteles sobre el tema. Lo que lleva adelante Octavio, en términos modernos, es un proceso de *state-building* que, en palabras de Fukuyama, importa la creación de nuevas instituciones de gobierno y el fortalecimiento de las existentes.³⁹⁷

Estimo que esta es la manera adecuada de examinar y valorar la construcción del imperio por parte de Octavio. Por eso, su historia y su desarrollo posterior se convierten en un cantero de enseñanzas, sin olvidar las circunstancias históricas en las cuales se dieron dichos eventos que son irrepetibles. Entonces, si bien sobre este punto existe una bibliografía abundante, especialmente cuando hoy se renueva la importancia del Mediterráneo y el debate por el poder imperial de Estados Unidos y otros Estados que entran en competencia, la construcción imperial de Octavio amerita una revisión del imperio romano y su gobernabilidad como lo vislumbra César y lo construye Octavio. Para

³⁹⁵ Ikenberry, G. J. (2004). *Liberalism and Empire: Logics of Order in the American Unipolar Age*. En *Review of International Studies*. Vol. 30. N° 4, pág. 612.

³⁹⁶ Los romanos distinguen entre *civitates* y *gentes*, mientras las primeras están compuestas por las formas de vida que siguen el ideal greco-romano, las segundas están integradas por personas que están bajo un jefe que dispone de ellas a su antojo y elabora las medidas a las cuales cada persona se debe someter, en Lemosse, Maxime (1967). *Le Régime des Relations Internationales dans le Haut-Empire Romání*. Paris: Sirey, pág. 17.

³⁹⁷ Fukuyama, Francis (2004). *The Imperative of State-Building*. En *Journal of Democracy*. Volume 15. N° 2, pág. 17.

comprender este punto conviene remitirse al inicio de la memoria que este elabora mirando al futuro:

*Rerum gestarum diui Augusti,
quibus orbem terrarum imperio populi Romani subiecit,
et impensarum, quas in rem publicam populumque Romanum fecit,
incisarum in duabus abeneis pilis,
quae sunt Romae positae, exemplar subiectum.*³⁹⁸

Con estas palabras comienza el texto denominado *De los hechos del divino Augusto*, por medio de las cuales sometió el mundo entero al imperio del pueblo romano, y de los gastos que hizo en beneficio de la república y el pueblo romano, en el cual Octavio Augusto da cuenta de sus obras. Redactadas en el año 13 d. C. con la finalidad de ser expuestas en tablas de bronce ante su mausoleo, como señala Gelormini, estas tienen estilos diferentes: a) el solemne de la inscripción funeraria; b) el enumerativo del informe de gestión; y c) el laudatorio de las inscripciones triunfales. En ellas el emperador narra que a los diecinueve años formó un ejército siguiendo su parecer y a costa de su propio dinero, con el cual devolvió la libertad a la república que se encontraba agobiada por el poder de una minoría (párrafo I). Agrega que mandó al exilio a los asesinos de su padre mediante un proceso legal (II). Señala que llevó a cabo frecuentemente guerras civiles y externas por tierra y mar, respetando a cualquier ciudadano que pidiera clemencia; así, a “los pueblos extranjeros a los que se podía perdonar sin peligro, preferí conservarlos antes que destruirlos” (III). No aceptó la dictadura que le ofrecieron (V), y “toda Italia entera me prestó juramento de modo espontáneo, y me exigió como jefe para la guerra que gané en Accio” (XXV). Apunta que el Senado ordenó la construcción del Altar a la Paz Augusta (XII). Y sobre todo, resalta que reintroduce “muchos ejemplos de los mayores que se habían perdido en nuestra época, y yo mismo en muchas cosas dejé para la posteridad ejemplos dignos de imitación” (VIII). En otras partes relata otros hechos de su gobierno que ahora no importa mencionar.

Se puede decir que estamos no solo frente a una historia de su gobierno, sino también ante una memoria que subsiste más allá de la época imperial, y

³⁹⁸ Augusto. *Res Gestae Divi Augusti*. I.

es una herencia para los futuros gobernantes de Roma. Para Cruz,³⁹⁹ la idea sobre la cual se construye este discurso es la de presentar el testimonio de un restaurador de la república y no de un revolucionario, alguien que instaura una nueva forma de gobierno personalizada y autoritaria, dado el poder real del que llegó a disponer y de las presiones sociales en ese sentido, pero es también quien terminó con las guerras civiles. Sobre todo, se resalta la intención de dejar un recuerdo que mira al presente y al futuro, advirtiéndoles a sus sucesores que les deja una herencia que es positiva, y que no cabe despreciar. Si esto sucede es porque, de acuerdo a Nicolet, “los contemporáneos de las guerras civiles habían comprendido perfectamente que eran el imperio y el encargo de grandes misiones los que habían hecho que llegara la monarquía”.⁴⁰⁰ Esto se corresponde con lo asentado por Tito Livio al comienzo de su obra magna:

Puede que la tarea que me he impuesto de escribir una historia completa del pueblo romano desde el comienzo mismo de su existencia me recompense por el trabajo invertido en ella, no lo sé con certeza, ni creo que pueda aventurarlo. Porque veo que esta es una práctica común y antiguamente establecida, cada nuevo escritor está siempre persuadido de que ni lograrán mayor certidumbre en las materias de su narración, ni superarán la rudeza de la antigüedad en la excelencia de su estilo. Aunque esto sea así, seguirá siendo una gran satisfacción para mí haber tenido mi parte también en investigar, hasta el máximo de mis capacidades, los anales de *la nación más importante del mundo*, con un interés más profundo; y si en tal conjunto de escritores mi propia reputación resulta ocultada, me consuelo con la fama y la grandeza de aquellos que eclipsen mi fama. El asunto, además, es uno que exige un inmenso trabajo. Se remonta a más de 700 años atrás y, *después de un comienzo modesto y humilde, ha crecido a tal magnitud que empieza a ser abrumador por su grandeza*.⁴⁰¹

³⁹⁹ Cruz, Nicolás (2015). *Escritura, Memoria y Discurso: El Caso de Res Gestae Divi Augusti*. En *Acta Literaria*. N° 51. Segundo Semestre, 119 ss.

⁴⁰⁰ Nicolet, Claude (1984). “El imperialismo romano.” En *Roma y la conquista del mundo mediterráneo 264-27 a. de J. C., 2. La génesis de un imperio*. Barcelona: Editorial Labor, pág. 776.

⁴⁰¹ Liv, I. (las cursivas son nuestras).

Es lo que siglos después reconoce el filósofo escocés Adam Ferguson:

*The reality, in the meantime, of certain establishments at Rome and at Sparta, cannot be disputed: but it is probable, that the government of both these states took its rise from the situation and genius of the people, not from the projects of single men; that the celebrated warrior and statesman, who are considered as the founders of those nations, only acted a superior part among numbers who were disposed to the same institutions; and that they left to posterity a renown, pointing them out as the inventors of many practices which had been already in use, and which helped to form their own manners and genius, as well as those of their countrymen.*⁴⁰²

Ahora bien ¿qué es lo que enseñan estas memorias?

Tres puntos que se relacionan entre sí y que dan una idea de lo que debe ser un buen gobierno, o dicho de otra manera, cómo debe ser una gobernabilidad eficiente: uno es el político, el otro es el social y el tercero es el moral (los que ahora mencionamos para luego explicar en los siguientes capítulos). Sobre estos pilares se construye un imperio, una obra hecha sobre la marcha, y no la traslación a la realidad de una teoría de gobierno, los que se convierten posteriormente en los elementos esenciales de la herencia que lega Octavio a los futuros emperadores, y sin saberlo, también a las venideras élites políticas.

Sin embargo, junto a la visión positiva del pasado que debe ser conservada, existen hechos que comportan una visión negativa de ese pasado que, en algunos casos, se relacionan con injusticias.⁴⁰³ Es el aspecto oculto o disimulado, parte de cualquier historia imperial que se puede comprender a la luz de la cultura de la época, sin que ello implique una justificación de las conductas injustas. Pero también existen otros eventos que se omiten como, en nuestro caso, la derrota significativa de las legiones en la batalla de Teutoburgo bajo el imperio de Augusto.

De todas maneras, esto no impide que se pueda hablar del *siglo de Augusto*, lo que resalta la importancia del Imperio y de quien lo gobierna. Esto se entiende con lo que Reyes Mate escribe en un sugestivo libro: a cada modelo de tiempo le corresponde una diferente concepción de la historia.⁴⁰⁴ Entonces,

⁴⁰² Ferguson, Adam (1782). *An Essay on the History of Civil Society*. London: T. Cadell, pág. 91.

⁴⁰³ Hatala Matthes, Erich (2018). "Who Owns Up to the Past? Heritage and Historical Injustice." En *Journal of the American Philosophical Association*, 4, 1, 87 ss.

⁴⁰⁴ Reyes Mate, Manuel (2018). *El tiempo, tribunal de la historia*. Madrid: Editorial Trotta, pág. 19.

así como hubo antes un *siglo de Pericles*, también hay un *siglo de Augusto*, un dato que subraya la importancia del liderazgo político en el ejercicio de un buen gobierno, o como dice en sus memorias

En mis consulados sexto y séptimo, después de acabar con las guerras civiles, tras obtener el poder absoluto por consenso general, desplacé los asuntos públicos de mi autoridad al arbitrio del Senado y del pueblo romanos. En recompensa a este mérito mío, por decreto del Senado fui llamado Augusto (...) (XXXIV).

En suma, las consideraciones precedentes sirven para delimitar el objetivo principal de este trabajo: investigar el peso y el influjo de la herencia imperial romana en las élites políticas inglesa y norteamericana en orden a construir sus naciones,⁴⁰⁵ las que afirman implícita o explícitamente su excepcionalidad⁴⁰⁶ frente al resto de los otros países, aun de los que fueron o son imperios, porque asumen que tienen la misma misión que Roma pensó o se atribuyó para sí misma.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ "Rome and England, under their mixed governments, the one inclining to democracy, and the other to monarchy, have proved the great legislators among nations. The first has left the foundation, and great part of the superstructure of its civil code, to the continent of Europe: The other, in its island, has carried the authority and government of law to a point of perfection, which they never before attained in the history of mankind" en Ferguson, cit., pág. 120; "The European and American enthusiastic adoption of classical antiquity as the birthright of Western civilization is an intellectual proposition that is based as much on modern colonial history as on direct cultural inheritance" en Mattingly, David (2011). "From Imperium To Imperialism: Writing The Roman Empire". En *Imperialism, Power and Identity: Experiencing the Roman Empire*. Princeton: Princeton University Press, pág. 11.

⁴⁰⁶ "(...) exceptionalism means that American history is exempt from the usual laws and regularities of social science" en Alle, R. C. (2013). "American Exceptionalism as a Problem in Global History". En *Oxford Economic Discussion Paper*, N° 689. Estimo que lo mismo se puede decir de otros imperios.

⁴⁰⁷ "Durante los setecientos años que trascurrieron desde Rómulo hasta César Augusto, verificó el pueblo romano tal número de hazañas, así en paz como en guerra, que si alguno compara la grandeza de su imperio con el tiempo de su existencia, a buen seguro que le atribuya más larga duración. Extendió de tal manera sus armas por el ámbito del mundo, que cuantos lean su historia no solo conocerán los hechos de un pueblo, sino los de todo el género

II.

En el punto anterior vimos lo que actualmente podría denominarse un informe de gestión con el cual Augusto da cuenta de sus logros, pero hay dos sucesos que quisiera subrayar; uno está mencionado y el otro no. El primero es el combate naval de Actium (o Accio) del 31 a. C.,⁴⁰⁸ que permite a Octavio con su victoria sobre Antonio y Cleopatra lograr que el mundo mediterráneo se halle enteramente unido dentro del Imperio, afirma Grimal.⁴⁰⁹ Para Gelormini, este evento se nutre de un contenido político y cultural que hace que este suceso pueda ser visto como un combate entre Oriente y Occidente. El segundo es otra batalla decisiva —como indica Fuller— que se desarrolla en el año 9 d. C. durante varios días en la selva de Teutoburgo. En ella, Roma pierde tres legiones que estaban al mando de Varo frente a Arminio, el líder querusco. Ese suceso que Grimal califica como “un desastre sin precedentes” provoca el aniquilamiento del ejército de Germania, y cierra el sueño de Augusto de extenderse y constituir un gran *limes* del Elba al Danubio, por lo que termina replegando al ejército a la orilla izquierda del Rin.⁴¹⁰ Para el novelista Valerio Manfredi es el “Vietnam de los romanos”.⁴¹¹ No obstante ello, esta

humano, y vióse agitado por tantos contratiempos y peligros, que parece que Valor y Fortuna se esforzaron para consolidar su poderío” en Floro, *Epit.*, L. I.

⁴⁰⁸ La batalla naval de Actium —de acuerdo a Fuller— debe ser vista como el suceso que preservó para Europa de cambiar su eje cultural, en ob. cit., pág. 230. Agrega que después de este combate el Imperio se extiende desde el Éufrates hasta el Atlántico y desde el Mar del Norte hasta el Desierto del Sahara, en Fuller, John F. C. (1957). *The Decisive Battles of the Western World, and their influence upon history. Vol. I. From the earliest times to the Battle of Lepanto*. London: Harper Collins Publishers, pág. 234.

⁴⁰⁹ Grimal, Pierre (1977). *El Siglo de Augusto*. Buenos Aires: Eudeba, pág. 41.

⁴¹⁰ Grimal, cit., 117. “¡Ojalá que Octavio no hubiera formado tanto empeño en someter la Germania! Se perdió con más deshonra que con gloria se hubo conquistado; más como aquel no ignorara que César, pasando por dos veces el Rhin, trató de llevar la guerra a dicha comarca, quiso honrar su memoria convirtiendo aquella en provincia de Roma: así lo hubiera realizado, de poder los bárbaros soportar nuestros vicios como sufrir nuestra dominación” en Floro, *Epit.*, L. IV.

⁴¹¹ Manfredi, Valerio (2017). *Teutoburgo*. Madrid: Editorial Grijalbo. Según Fuller, en esta batalla tanto los romanos como Augusto y los germanos observaron que las legiones romanas no eran invencibles, en Fuller, cit., 251 ss. Sobre Arminio dice Manfredi: “Es un héroe difícil de manejar”;

batalla no disminuye el valor de la obra de Augusto, que –como explica Grimal– consigue unir los territorios del Imperio y afianzar el sentimiento y la fe de que Roma recibió una misión providencial, y de que todas las naciones forman parte de una sola Ciudad.⁴¹²

Empero, quisiera agregar una lección más: esta batalla tiene otra significación según la perspectiva de los germanos. Para ellos y sus descendientes, Teutoburgo es un símbolo de libertad, y por eso Arminio, su jefe, tiene una estatua.⁴¹³ Luego, si esta batalla fue un Vietnam para Roma es discutible. Sin embargo, lo que no se puede debatir es la trascendencia de ese hecho en la construcción del imperio romano, y de cómo afronta sus derrotas.⁴¹⁴

“Se lo puede ver como un traidor doble, primero a los suyos, a los que combatió como oficial de las tropas auxiliares romanas, y luego a sus camaradas de las legiones: es un ciudadano romano que crea una emboscada fatal a su propio ejército”. Escribe Antón que a Manfredi “pese a convivir con él toda una novela, no le es muy simpático el querusco”. “Esto fue el Vietnam de Roma”, comenta el novelista. “Y el fin de un sueño de imperio universal, Augusto no buscaba llevar la frontera hasta el Elba, 600 kilómetros al este del Rin, sino más allá, hasta el confín del mundo conocido”. Y concluye que “Con la batalla de Teutoburgo Roma perdió Germania, y Germania perdió Roma” en Antón, Jacinto (2017). “El Atroz Vietnam de las Legiones Romanas”. En *El País*, Madrid, 16 Julio 2017, disponible en https://elpais.com/cultura/2017/07/08/actualidad/1499549585_749131.html.

⁴¹² Grimal, cit., 125.

⁴¹³ Esto se puede vincular con la idea que se elaboró entre los primeros norteamericanos, “American ethnogenesis was closely tied to the American nation-state’s Whig origins and the work of Whig historians helped to define the genealogy of the new Republic. The idea that the pre-Conquest Anglo-Saxons had known a primitive form of freedom that had its roots in the German forests had emerged in England by the sixteenth century. Some of the more radical variants of the theory held that the Anglo-Saxons carried a desire for freedom in their veins, and had a destiny to realize this impulse. These ideas found a very fertile audience across the Atlantic” en Kaufmann, E. P. (1999). “American exceptionalism reconsidered: Anglo-Saxon ethnogenesis in the ‘universal’ nation, 1776–1850”. En *Journal of American Studies*, 33, 3.

⁴¹⁴ “Había César puesto la última mano en la guerra de Panonia y Dalmacia, cuando cinco días después de acabada tan grande obra, llegaron de Germania los tristes avisos de la muerte de Varo, del destrozo de tres legiones, de otras tantas alas y seis cohortes, donde en una cosa sola parece que quiso la fortuna favorecernos; pues no llevo vivo el general a las crueles manos del enemigo. Obligan a detenerme la persona y el suceso” en Vel. Pat., *Hist. Rom.*, L. II, 117.

Ahora bien, dijimos en el punto anterior que para entender el establecimiento del Imperio Romano y su repercusión es útil considerar tres cuestiones: la política, la social y la moral. Con relación a la primera, la obra de Augusto muestra en el orden interno que, en lugar de luchar contra la clase senatorial, le devuelve a esta su posición de clase privilegiada, asienta su poder en el marco de las tradiciones republicanas y se inicia la forma de gobierno que se va a conocer como principado, dice Gelormini. También conviene tener en cuenta el tema del liderazgo en una situación de emergencia, como la que se dio en Roma luego del asesinato de Julio César.⁴¹⁵ Si se quiere apreciar la transición política entre la muerte de César y el ascenso de Octavio, nada mejor que las palabras de Madaule: “El 15 de marzo del 44 cae el telón en la historia de César, y se levanta casi en seguida para la leyenda”.⁴¹⁶ En este marco Octavio se enfrenta con un grave problema: cómo llevar adelante el gobierno de un extenso territorio con una población multicultural. De acuerdo a Oman, “apenas podemos sospechar lo que el mismo Julio César trató de hacer del Imperio. (...) Sus planes, no podemos dudarlo, estaban todavía en período de desarrollo (...) probablemente intentó hacer un poder hereditario. (...) Quizás, su heredero había comprendido sus intenciones, y nosotros podemos interpretar el plan de Julio por su ejecución bajo Augusto”. Lo que importa es que “el problema de la soberanía estaba resuelto: ni Senado ni Pueblo podían gobernar el Imperio”.⁴¹⁷

⁴¹⁵ “Acabáronse después de veinte años del imperio las guerras civiles, sepultáronse las extranjeras, tornó la paz, cesó en todas partes el furor de las armas, restituyóse a las leyes su rigor, a los jueces su autoridad, la majestad al senado; el gobierno de los magistrados se redujo a lo que solía; solo se añadieron dos pretores a los ocho, volviendo la Republica a aquella forma antigua, los campos a la labranza, el respeto a las cosas sagradas, a los hombres la seguridad, y a cada uno la posesión cierta de sus bienes. Enmendáronse útilmente las leyes, hiciéronse otras provechosas, eligióse el senado sin ruidos, no sin atención; y a persuasión del príncipe vinieron con gusto a honrar la ciudad los varones principales que habían gozado del triunfo, y de las honras mayores; solo se pudo alcanzar de César que continuase once veces su consulado, habiéndole rehusado muchas; y con la misma constancia desvió la dictadura, en que porfiaba tanto el pueblo”, en Vel. Pat., *Hist. Rom.*, L. II, 89.

⁴¹⁶ Madaule, Jacques (1966). *César*. Buenos Aires: Editorial Edudeba, pág. 231.

⁴¹⁷ Oman, Charles (1944). *Siete Estadistas Romanos del Final de la República. Los Gracos, Sila, Craso, Catón, Pompeyo y César*. Madrid: Editorial Pegaso, pág. 433 ss.

En el orden internacional se establecen una serie de relaciones con otros reinos y naciones destinadas a sostener la paz augusta, haciendo crecer las fronteras de todas las provincias que tenían por vecinos a naciones que no obedecían al Imperio, pacificando desde los Alpes la región que va al mar Adriático hasta el mar Tirreno, “sin haber hecho guerra injusta a ningún pueblo” (XXVI). De ahí que, por ejemplo, pudiendo haber hecho provincia a la Armenia Mayor, tras el asesinato del rey Artaxes, prefiere seguir el ejemplo de los mayores, y entregar el reino a Tigranes (XXXI).⁴¹⁸

En cuanto al aspecto social, de acuerdo a Grimal, con Octavio se manifiesta una obra de pacificación no solo al interior sino también en las provincias, logrando el sueño de Cicerón: tener una concordia de clases.⁴¹⁹ Por eso, el monumento de la época más característico es el altar levantado a la Paz.⁴²⁰

Por último, con referencia a la cuestión moral, recordemos su intención de restaurar las costumbres de los mayores por medio de una legislación acorde. Por ejemplo, lo intenta a través de la *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* (18 a. C.) y la *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis* (18 a. C.). Esto se relaciona con las corrientes filosóficas que se generalizaron en Roma. Desde las Guerras Púnicas se expande el estoicismo, siendo sus formulaciones entendidas como expresión de excelencia, lo cual calza con el principado augusteano, subraya Grimal.⁴²¹ Y es porque existe un ambiente favorable influido por el helenismo

⁴¹⁸ Lemosse explica que la actitud de Roma hacia los pueblos conquistados fue variada y no dependió solamente de las condiciones de la victoria sino también de sus instituciones. No se podía tratar de la misma manera a los helenos que a los pueblos bárbaros cuyas costumbres eran menospreciadas por los vencedores, en Lemosse, cit., 17.

⁴¹⁹ “(...) del mismo modo que en los instrumentos de cuerda o de viento, o en el mismo canto de varias voces, debe guardarse un concierto que da por su mismo ajuste unidad y congruencia a muy distintas voces, que los oídos educados no toleran que se altere o desentone, y ese concierto, sin embargo, se hace concorde y congruente por el gobierno de voces muy distintas, así también, una ciudad bien gobernada es congruente por la unidad de muy distintas personas, por la concordia de las clases altas, bajas y medias, como los sonidos. Y la que los músicos llaman armonía en el canto, es lo que en la ciudad se llama concordia, vínculo de bienestar seguro y óptimo para toda república, pues esta no puede subsistir sin la justicia (...)” en Cic., *De Rep.*, II, 42.

⁴²⁰ Grimal, cit., 107.

⁴²¹ Grimal, Pierre (1981). *La civilisation romaine*. Paris: Flammarion, pág. 78 ss.

en la sociedad romana que colabora en la expansión de otras filosofías como el platonismo. En síntesis, estos hechos ofrecen una visión acabada del imperio inaugurado por Augusto, y constituyen la herencia que este lega. Pero las élites políticas británica y estadounidense ¿supieron usufructuar esa herencia?

III.

Para responder conviene analizar el ambiente de época, o lo que podría denominarse la cultura imperial romana,⁴²² es decir, la cultura que se genera en torno a Augusto y de la cual él se convierte en un gran impulsor. En torno a él, Mecenas –amigo de Augusto– reúne a un grupo de literatos –Virgilio, Horacio, Quintilio Varo, entre otros– a quienes sabe dirigir y ponerlos al servicio de la “revolución política en que trabajaba Octavio”. Con esto no hace sino seguir una tradición que ya conocía Roma y cuyos trazos se podían seguir hasta Catón.⁴²³ Dentro de ese ambiente se ubica Tito Livio que junto a los mencionados –sin pertenecer al círculo de Mecenas– “se dedicaron a actuar en silencio para la grandeza de Roma, sin aspirar a los honores o a las responsabilidades de la vida pública”.⁴²⁴ En este punto corresponde agregar las obras de Julio César *De Bello Gallico* y *De Bello Civili*, que, si bien son anteriores a la época bajo estudio, es necesario mencionar porque muestran la expansión romana a partir de uno de sus actores principales.⁴²⁵ Pero “en literatura como en política, los años más importantes del siglo son los que precedieron al triunfo de Augusto. En la última parte de su reinado, este no hará sino recoger el beneficio del pasado”.⁴²⁶

Por lo tanto, para estudiar la influencia de la herencia de Augusto y del imperio comenzamos por la élite política inglesa. Aquí nos centramos en un poeta

⁴²² Si bien la noción de cultura imperial tiene hoy una connotación negativa porque queda asociada a las de imperialismo y capitalismo, y se la define apelando a su rasgo emocional, estimo que se la puede usar con las prevenciones indicadas.

⁴²³ Grimal, cit., 58.

⁴²⁴ André, J. M. y Hus, A. (1975). *La historia en Roma*. Buenos Aires: Editorial Eudeba, pág. 91.

⁴²⁵ Se podrían añadir los libros denominados *C. Iulii Caesaris commentarii rerum gestarum*.

⁴²⁶ Grimal, cit., 60.

inglés relevante de la época victoriana: Rudyard Kipling, considerado un adalid del imperio inglés y de su obra. En uno de sus poemas —*Gunga Din* (1890)—⁴²⁷ relata ficticiamente la vida de un aguatero indio que está al servicio de las tropas británicas, que según algunos investigadores responde a un personaje real que sirvió como aguatero en la rebelión de los cipayos de 1857. Este poema es un ejemplo de cómo durante el Imperio británico se forja una cultura afín, tal como la que nace con Augusto siglos atrás, donde se exalta el imperio inglés, y se destaca el valor de sus soldados aun en la derrota.⁴²⁸ La exaltación del ejército ya se había dado en la República y continuó con el Imperio. Por eso, Augusto escribió que “Cerca de quinientos mil ciudadanos romanos me prestaron juramento militar. De estos, a bastante más de trescientos mil, una vez que terminaron su servicio militar, los envié a las colonias o los devolví a sus municipios, y a todos entregué campos o les di dinero como recompensa a su tiempo en la milicia” (III). No extraña, por lo tanto, la evocación de esto que llevan a Kipling a redactar tres poemas significativos. Primero, en *A British-Roman Song (A. D. 406). A Centurion of the Thirtieth*, expresa la admiración por Roma, y no dudo en transcribirlo para que resalte su sentimiento:

*My father's father saw it not,
And I, belike, shall never come
To look on that so-holy spot -
That very Rome -*

*Crowned by all Time, all Art, all Might,
The equal work of Gods and Man,
City beneath whose oldest height -
The Race began!*

⁴²⁷ Así describe Kipling a Gunga Din: “(...) Where I used to spend my time / A-servin’ of ‘Er Majesty the Queen, / Of all them blackfaced crew / The finest man I knew / Was our regimental bhisti, Gunga Din (...) You Lazarushian-leather Gunga Din! / Though I’ve belted you and flayed you, / By the livin’ Gawd that made you, / You’re a better man than I am, Gunga Din!” Disponible en <https://www.poetryfoundation.org/poems/46783/gunga-din>

⁴²⁸ Lo mismo se mostrará en la película *Zulú* (Cy Endfield: 1964), que relata la historia real de un pequeño destacamento inglés que se defiende de los zulúes en Rorke’s Drift en 1879 después de la derrota de las tropas inglesas en la batalla de Isandlawana.

*Soon to send forth again a brood,
Unshakable, we pray, that clings
To Rome's thrice-hammered bardibood -
In arduous things.*

*Strong heart with triple armour bound,
Beat strongly, for thy life-blood runs,
Age after Age, the Empire round -
In us thy Sons*

*Who, distant from the Seven Hills,
Loving and serving much, require
Thee -- thee to guard 'gainst home-born ills
The Imperial Fire!⁴²⁹*

Segundo, una admiración similar se encuentran en *The Roman Centurion's Song (Roman Occupation of Britain, A. D. 300)*,⁴³⁰ y tercero en *Romulus and Remus*.⁴³¹ Alrededor de estos temas y de otros que no consideramos se va formando una narrativa del imperio inglés con centro en el patriotismo. Ahora, en orden a comprender su postura, corresponde considerar que

Kipling's writings were not confined to fictions 'about empire', but it was his fiction of empire which, aided by the enthusiasm of the popular periodical press, made him the uncrowned laureate.⁴³²

Kipling's imperialist writings articulate a new patriotism purged of the radicalism in its earlier forms, and fabricate a linear narrative of England's 'undefiled heritage' beginning with the inheritance of the imperial flame as it passed from their conquerors into English hands, and consummated in the British Empire.⁴³³

⁴²⁹ Disponible en https://www.poetryloverspage.com/poets/kipling/british_roman_song.html

⁴³⁰ Disponible en http://www.kiplingsociety.co.uk/poems_romacenturion.htm

⁴³¹ Disponible en https://www.poetryloverspage.com/poets/kipling/romulus_and_remus.html

⁴³² Parry, A. (1985). "Reading Formations in the Victorian Press: The Reception of Kipling 1888-1891." En *Literature and History*, 11, 2, Autumn, 254 ss.

⁴³³ Parry, B. (1988). "The Content And Discontents Of Kipling's Imperialism." En *New Formations*, Number 6, Winter , 52.

Es la literatura que exalta la figura del *gran hombre* que también aparece luego en la literatura norteamericana, como veremos oportunamente, lo que se relaciona con el liderazgo político y la teoría de los *grandes hombres* cuya fuente principal es Carlyle.⁴³⁴ Y que resulta aplicable a Octavio. Más cuando se nota que, alrededor de él, se conforma una cultura imperial con su narrativa justificadora del poder y del lugar de Roma, y que la cultura victoriana va a replicar a su manera con la intención de afirmar el poder de Inglaterra y su posición relevante en el mundo,⁴³⁵ al igual que lo hizo Virgilio con la *Eneida*.

Por eso, Freeman escribe que “*A common characteristic of Victorian intellectual society was its use of the world of Classical antiquity to bolster contemporary self-confidence*”, lo cual es alentado por los académicos de Oxford que comparan el imperialismo romano con el inglés,⁴³⁶ por lo cual “*As public-school educated and Oxford-trained politicians, diplomats and administrators, the motivation of such writers can be easily surmised*”.⁴³⁷

⁴³⁴ “One comfort is, that Great Men, taken up in any way, are profitable company. We cannot look, however imperfectly, upon a great man, without gaining something by him. He is the living light-fountain, which it is good and pleasant to be near. The light which enlightens, which has enlightened the darkness of the world; and this not as a kindled lamp only, but rather as a natural luminary shining by the gift of Heaven; a flowing light-fountain, as I say, of native original insight, of manhood and heroic nobleness;—in whose radiance all souls feel that it is well with them” en Carlyle, Thomas (2013). *On Heroes, Hero-Worship, And The Heroic In History*. New Haven—London: Chapman and Hall, pág. 21.

⁴³⁵ “But duty, it was argued, compelled the British to remain in India, to accomplish the mission, and to uphold the honour of queen and country. In doing so, many imperial liberals argued, Britain itself would be ennobled, the character of its people tested and re-affirmed, and India would be kept stable and propelled gradually into the future. Combined with the retroactive argument that past injustices could, in some sense, be ameliorated by present and future successes, this type of strategy helped imperial liberals to deflect potential inconsistencies in their positions” en Bell, D. S. A. (2006). “Historiographical Reviews. Empire and International Relations In Victorian Political Thought” En *The Historical Journal*, 49, 1, 289.

⁴³⁶ Freeman, Philip (1996). “British imperialism and the Roman Empire.” En Webster, J. y Cooper, N. (eds.). *Roman imperialism: post-colonial perspectives*. Leicester: Leicester University Press, pág. 22.

⁴³⁷ Freeman, cit., 23.

Desde el punto de vista social importa lo que expresa Niall Ferguson al comienzo de su obra *El imperio británico. Cómo Gran Bretaña forjó el orden mundial*.⁴³⁸ “Hubo en otro tiempo que controlaba aproximadamente a un cuarto de la población mundial, abarcaba casi la misma proporción de la superficie terrestre y dominaba prácticamente todos sus océanos. Se trataba del imperio más grande de todos cuantos han existido en el mundo: el imperio británico”. Y recuerda cuantos de sus parientes estaban distribuidos por diferentes lugares de mundo, que era lo mismo que decir por diversas partes del Imperio.

Empero, el interés de la élite victoriana no es sencillo de explicar, como nota Bell: los victorianos están lejos de tener una visión unánime sobre el concepto de orden global, no existía un imaginario imperial. La división binaria entre naciones civilizadas y bárbaras o salvajes no se aprecia fácil de realizar, porque ¿cuál lugar asignar a China, India, Irlanda o los países latinoamericanos?⁴³⁹ Recién a fines del siglo XIX se plantea con fuerza la discusión sobre el imperialismo.⁴⁴⁰

Entonces, corresponde diferenciar en la élite intelectual inglesa quiénes están a favor y quiénes son sus críticos. Con relación a esto Bell distingue entre la “*standard mid-Victorian liberal line*” escéptica frente al imperialismo por su carácter agresivo y de aventura militar que se asocia a las tendencias cesaristas de la Francia de ese momento, y que se incrementa con la política de Disraeli, junto con la tendencia de los liberales que odian al imperialismo, y de los utilitaristas como James y John Stuart Mill, Fitzjames Stephen

⁴³⁸ Ferguson, Niall (2006). *El imperio británico. Cómo Gran Bretaña forjó el orden mundial*. Barcelona: Debate, pág. 17 ss.

⁴³⁹ Bell, cit., 283.

⁴⁴⁰ “The term ‘colony’ appeared first in English in Wycliffe’s translation of the Bible (1382), but entered common usage in the sixteenth century; ‘colonialism’ was employed first in 1853 to signify issues pertaining to a colony, and only in 1886 to refer to a system or principle. ‘Empire’ has a long and complex semantic history, reaching back to Rome, but the term ‘British empire’ became popular in the second quarter of the eighteenth century ‘Imperialism’ was used for much of the Victorian period to characterize the purportedly despotic municipal politics of France; it was only in the late 1860s, and especially the 1870s, that it entered mainstream use to refer to policies of foreign conquest, and, even then, there was much confusion over its meaning” en Bell, cit., 282, n. 1.

y Henry Sidgwick, que apoyan al Imperio, aunque Bentham y Spencer son críticos del mismo.⁴⁴¹

La pregunta es ¿quiénes otros podían hablar de la misma manera? Los romanos de la época imperial, porque “Roma se convirtió en la difusora por Occidente de una nueva versión de la paideia griega, concepción del mundo y educación que, sostenida ahora en la lengua latina, pasó a ser de dominio universal”.⁴⁴²

Acerca de este tema existe un texto relevante de Octavio Paz. Este escritor, en el ensayo leído por él en el Pabellón Español de la Feria de Sevilla el 27 de noviembre de 1991, sostiene con respecto a la India que cuando Mauculay ocupó un alto cargo en ese país llevó adelante una política de defensa de la libertad de prensa y de igualdad entre indios y europeos. Sin embargo, cuando se encargó de implementar una política educativa, eligió la educación occidental, porque estimó que con eso abría a los indios a la cultura moderna, la democracia y el progreso. Con esa base la élite india pudo desafiar a los ingleses.⁴⁴³ Esta paideia solo es posible si se conserva lo esencial de la cultura de la Antigüedad, la cultura griega y romana, sus valores, lo que enseñan su historia y su filosofía, y la vida de sus prohombres. Es lo que conforma a las humanidades, y lo que les da su valor. Sin que por ello se oculte o se desfigure el legado, pues como advierte Paz refiriéndose a la conquista de México por parte de España, en este proceso no se puede ni idealizar al vencido ni idolatrar al vencedor. Todos los conquistadores tenían conciencia de la novedad que ellos encarnaban con sus acciones. Con ello comienza la expansión de Occidente, “uno de los signos (gloria y estigma) de la Modernidad”.⁴⁴⁴

Esta apreciación se aplica adecuadamente al Imperio Romano, y a cualquier otro imperio. Como expresa Bell, “*Britain was enmeshed in a global imperial system; in this sense, Victorian society was undoubtedly imperial. Yet most people would have been unaware of the extent to which their fate depended on this complex amalgam of factors*”.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ Bell, cit., 287 ss.

⁴⁴² Cortés Copete, J. M (2105). “Paideia e Imperio: Una reflexión sobre el valor de la cultura como fundamento del dominio imperial”. En *Anuario de la Escuela de Historia Virtual*, Año 6, N° 8, 15.

⁴⁴³ Paz, Octavio. (1998). “La democracia: lo absoluto y lo relativo”. En *Vuelta*, 20.

⁴⁴⁴ Paz, cit., 19 ss.

⁴⁴⁵ Bell, cit., 292. Este autor señala posteriormente una cuestión crucial “Was British culture imperial? This is a question that has come to dominate much of the historiography of the British empire, generating a plethora of competing answers” en Bell, cit., 292.

No cabe duda de que el eje de esta construcción cultural es la educación formada durante la Edad Media y la Edad Moderna en la que “los europeos no dejarían de soñar en ese imperio que no acababa de morir. Cada uno lo glosaría a su manera”.⁴⁴⁶ Esto no se hace sin una permanente revalorización del legado de Augusto y del espíritu de época que se generó. El siguiente tema es averiguar si lo expuesto hasta ahora también es aplicable a Estados Unidos.

IV.

Hatala Matthes escribe que la herencia es un concepto clave sujeto a debates políticos y morales, cuyas discusiones giran en torno al control de la misma, a su acceso y a su preservación. Y cita a Laurajane Smith, para quien la herencia es un recurso político, lo que se aplica adecuadamente al uso que se dio y se sigue haciendo de la historia imperial romana por parte de quienes quisieron fundar otros imperios, o de quienes ven en esa forma de gobierno un mal. Por lo cual, la herencia es asimismo un elemento esencial de los procesos de *state-building*.

Ahora bien, al examinar si la herencia imperial romana tuvo un peso similar al inglés en Estados Unidos se debe distinguir entre la literatura circulante entre los Padres Fundadores y su mirada acerca del Imperio. Por un lado, se observa un visible interés por la Antigüedad. Se leía a Tucídides, Tácito, Polibio, Cicerón, Plutarco y Platón, nota Commager. Sin embargo, no eran los únicos. Por el otro, la perspectiva histórica que se adopta de Roma muestra una preferencia por la concepción ciceroniana de la historia que —de acuerdo a André y Hus— se centra en la idea de que el fin del hombre es la gloria, se resalta la *virtus* puesta al servicio del bien público, destacándose a los hombre eminentes, “los grandes ejemplos de la historia nacional, a los que iguala con los de la tragedia griega, lo que concluye con la exaltación de su nobleza tanto como de su belleza moral”.⁴⁴⁷ En ese contexto se elogia a la República y se menosprecia al Imperio. Veamos algunos ejemplos. En *An*

⁴⁴⁶ Nicolet, cit., 776. Una cuestión que aparece claramente en Vel. Pat., *Hist. Rom.* L. II, 89-91.

⁴⁴⁷ André y Hus, cit., 25.

Impartial Citizen, A Dissertation upon the Constitutional Freedom of the Press de 1801 se sostiene que

*(...) the Romans, no doubt, made an accession of strength by receiving fugitives from justice into their society; there must have been, never the less, a great degree of public and private virtue, to lay the foundation, and to raise so powerful an association, as that of the Roman empire. The Romans not only began very early, to inculcate the principles of morality and virtue, but they made a good character the qualification to office, and the preliminary condition of public confidence.*⁴⁴⁸

Esta apreciación se debe correlacionar con la imagen que se tiene de Julio César, por ejemplo, en Jeremiah Atwater, *A Sermon* de 1801, donde se dice:

*The Romans, when they became corrupt, not with standing their boasted love of liberty, tamely acquiesced in the government of Julius Caesar, and in a more recent instance, a nation, not behind the Romans in pretensions to freedom, have as quietly submitted to an authority no less despotic. Let Americans open their eyes to the evidence which is before them, and derive wisdom from the instructive lesson which the example of other nations affords them. A corrupt people are fitted to be political slaves, and if we become vicious, to attempt to reserve our liberties will be an absurd and a fruitless task.*⁴⁴⁹

La cita coincide con lo que expone Fisher Ames en *The Dangers Of American Liberty* en 1805:

*It is remarkable, that when by a most singular concurrence of circumstances, after the death of Caesar, an opportunity was given to the Romans to reestablish the republic, there was no effective disposition among the people to concur in that design. It seemed as if the republican party, consisting of the same class of men as the Washington federalists, had expired with the dictator. The truth is, when parties rise and resort to violence, the moment of calm, if one should happen to succeed, leaves little to wisdom and nothing to choice. The orations of Cicero proved feeble against the arms of Mark Antony.*⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ Hyneman, Charles (1983). *American Political Writing During the Founding Era: 1760-1805*. Vol. 2. Indianapolis: Liberty Fund Inc., pág. 312.

⁴⁴⁹ Hyneman, cit., 350.

⁴⁵⁰ Hyneman, cit., 457.

Por su parte John Adams en sus cartas *Novanglus* escribe que

*Rome never introduced the terms Roman empire until the tragedy of her freedom was completed. Before that, it was only the republic or the city.*⁴⁵¹

La cuestión se esclarece cuando dice:

*This language, “the imperial crown of Great Britain”, is not the style of the common law, but of court sycophants. It was introduced in allusion to the Roman empire, and intended to insinuate that the prerogative of the imperial crown of England was like that of the Roman emperor, after the maxim was established, quod principi placuit legis habet vigorem; and, so far from including the two houses of parliament in the idea of this imperial crown, it was intended to insinuate that the crown was absolute, and had no need of lords or commons to make or dispense with laws.*⁴⁵²

Se entiende, entonces, que Hamilton adopte el nombre de *Publius* para sus escritos en *The Federalist Papers*, siguiendo sus preferencias por la obra de Plutarco en honor a quien derribó a Tarquino, porque simboliza el republicanismo, por supuesto, un republicanismo idealizado, porque como advierte Carcopino, ya para la época del nacimiento de César la República ya estaba en descomposición.⁴⁵³ No obstante esto, importa destacar que en Hamilton como en otros autores contemporáneos existe una prevención frente a la posibilidad de que se establezca una tiranía, por eso se rechaza tanto a César como a Octavio.⁴⁵⁴ En este sentido, escribe que

In a single state where the sovereign power is exercised by delegation, whether it be a limited monarchy or a republic, the danger most commonly is, that the sovereign will become too powerful for

⁴⁵¹ Thompson, C. Bradley (ed.) (2000). *The Revolutionary Writings of John Adams*. Indianapolis: Liberty Fund Inc., pág. 281.

⁴⁵² Thompson, cit. 171.

⁴⁵³ Carcopino, Jerome (1968). *Las etapas del imperialismo romano*. Buenos Aires: Editorial Paidós, pág. 137.

⁴⁵⁴ Según Oman, César era un autócrata que “trataba al pueblo y al Senado (...) a uno, dictándole órdenes sin disimulo; al otro empezaba a prescindir de él como factor en la constitución” en Oman, cit., 433.

*his constituents. In federal governments, where different states are represented in a general council, the danger is on the other side—that the members will be an over match for the common head; or, in other words, that it will not have sufficient influence and authority to secure the obedience of the several parts of the confederacy. In a single state the sovereign has the whole legislative power as well as the command of the national forces—of course an immediate control over the persons and property of the subjects; every other power is subordinate and dependent. If he undertakes to subvert the constitution, it can only be preserved by a general insurrection of the people.*⁴⁵⁵

Estas ideas se comprenden con lo apuntado por Commager: los norteamericanos se encontraron con que tenían un país que defender, pero carecían de doctrina y de filosofía en el sentido formal, no partieron de una teoría sino de la observación y de los hechos, lo que precipita el sentimiento de aislamiento y de que poseen un destino especial.⁴⁵⁶ Sin embargo, ese destino especial del cual se sienten poseedores debe mantenerse frente a quienes lo desafían o lo desconocen. Así, va afirmando su posición de una manera pragmática, tomando como eje la defensa de sus libertades dentro de lo que hoy llamamos un Estado de Derecho,

Es Cicerón quien tributa los más encendidos elogios a ese estado de Derecho que somete gobernantes y gobernados al ordenamiento jurídico y produce el armónico y equilibrado funcionamiento de la estructura institucional de la *res publica*, entendida esta no como abstracción, sino como una comunidad de ciudadanos concreta y precisa. No se pretenda hallar en los mismos juristas de Roma ideas abstractas, conceptos metafísicos del Estado. El romano, con su mentalidad realista y su propensión a lo concreto, repudia toda construcción abstracta, y su concepción del Estado es fruto también de esas características mentales que tanto le distinguen del griego.⁴⁵⁷

Esto es lo que atrae a los norteamericanos porque responde a su modo de ser. De todas maneras, con el tiempo, ante emergencias nuevas, se empieza a

⁴⁵⁵ Veiner, Richard y Appleby, Joyce (eds.) (2008). *The Revolutionary Writings of Alexander Hamilton*. Indianapolis: Liberty Fund Inc., pág. 117.

⁴⁵⁶ Commager, Henry (1980). *El Imperio de la razón. Teoría y realidad del Iluminismo*. Buenos Aires: Editorial Fraterna, pág. 148 ss.

⁴⁵⁷ Santa Cruz Teijeiro, José (1965). "Notas Sobre 'De Republica' de Cicerón." En *Revista de Estudios Políticos*, N° 139, 158.

sostener, en principio, en algunos académicos, la idea que, en determinadas circunstancias, se debe abrir la posibilidad de instaurar una dictadura constitucional, con el consiguiente debate sobre quién tiene el poder soberano. Y aunque esto parezca contradictorio con la perspectiva ciceroniana de la historia que adoptan los Padres Fundadores y sus seguidores, no cabe duda de que la idea de construir una dictadura constitucional es una respuesta práctica que tiene su antecedente en la vida política romana. Es lo que vislumbra César, y hace, en definitiva, Octavio: dar una respuesta práctica a un problema concreto. Es lo que hacen en nuestros días quienes proponen la necesidad de instaurar una dictadura constitucional que se debe correlacionar con la concepción de los “grandes hombres” de Emerson, quien dice que

*Every ship that comes to America got its chart from Columbus. Every novel is a debtor to Homer. Every carpenter who shaves with a fore plane borrows the genius of a forgotten inventor (...) every man, inasmuch as he has any science, is a definer and map-maker of the latitudes and longitudes of our condition. These road-makers on every hand enrich us.*⁴⁵⁸

Para Emerson, la humanidad en todas las épocas se ha adherido a algunas personas que sea por las ideas que encarnaban o por la grandeza de su recepción asumieron la posición de líderes y legisladores.⁴⁵⁹ Con estas características, aunque Carlyle o Emerson no lo mencionen, se puede designar a Octavio y a su obra, que ha servido a la formación de las élites políticas inglesa y norteamericana, y es lo que funda su excepcionalidad,⁴⁶⁰ la que se define como “*the belief in the special and unique role the United States is meant to play in world history, its distinctiveness from the Old World, and its resistance to the laws of history*”.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ Emerson, Ralph (1876). “Representative Men.” En *The Works of Ralph Waldo Emerson*. Boston-New York: Houghton Mifflin, 1883, 18. En su lista figuran Platón, Swedenborg, Montaigne, Shakespeare, Napoleón y Goethe, por cierto, una lista bastante extraña. La obra de Emerson, según los especialistas, es una redefinición de los trabajos de Byron y Carlyle.

⁴⁵⁹ Emerson, cit., 24. Para Cicerón la historia es “el medio privilegiado por el cual el hombre puede perfeccionar su conducta y situarse en el mundo” en André y Hus, cit., 26.

⁴⁶⁰ Según Cicerón siguiendo a todos los antiguos, esto resulta de la conjunción de dos elementos: la acción del hombre y la Fortuna, en André y Hus, cit., 29.

⁴⁶¹ Eliassen Restad, H. (2012). *Old Paradigms in History Die Hard in Political Science: US Foreign Policy and American Exceptionalism*. En *American Political Thought*, Vol. 1, N° 1, 54.

Definición que poco o nada difiere de la que pudieron pensar César, Octavio, Virgilio o Tito Livio acerca de Roma.

Conclusión

Hemos visto a lo largo de este trabajo, por un lado, la importancia de aquellos que se podrían denominar los “grandes hombres” que son, en el caso romano, quienes se dedican a afirmar un modo de construir el Imperio diferente de los precedentes y que se encarna en Octavio, quien salva a Roma de su descomposición. Por el otro, sin negar u ocultar que el gobierno imperial se asentó, a veces, sobre fundamentos reprochables, corresponde reconocer que se elaboraron determinados principios prácticos de buen gobierno, entre otros, normas claras para administrar justicia, lograr una convivencia entre diferentes comunidades, establecer una paz duradera y evitar guerras internas, un legado jurídico valioso hasta nuestros días. Esta es la herencia a la cual acuden los Estados que asumieron una forma imperial de gobierno. Desde esta perspectiva, Roma ayuda a elaborar la memoria colectiva de Occidente y se convierte en un recurso político al cual apelar hoy en busca de una seguridad en el orden internacional, una nueva *pax* romana como la que construyó oportunamente Octavio.

Más adelante dice algo significativo y válido para el Imperio romano e inglés, “when studying US foreign policy, American identity is most usefully defined as American exceptionalism because the belief in American exceptionalism has been a powerful, persistent, and popular myth throughout American history, and furthermore, it has been used in formulating arguments for ever more internationalist and expanding foreign policies. Significantly, exceptionalism was formulated and identified with before the impressive increase in American power and influence in international politics exhibited in the late nineteenth and early twentieth centuries (...)” en Eliassen Restad , cit., 55.

Desde el concubinato romano a la unión convivencial en la legislación civil argentina

Por Graciela Elizabeth Cazzani⁴⁶²

A modo de introducción, la Historia nos sitúa entre lo individual y lo colectivo en dos estructuras que enmarcan el presente trabajo: el concubinato, durante el Imperio Romano, y la unión convivencial, en Argentina. La naturaleza de ideas en ambas puntas conforma un modo intrínseco y propio de pensar y de sentir de un pueblo, como cierto grupo de personas que crean raíces o bases y que conforman un marco normativo en el que el concubinato romanista sería antecedente de la unión convivencial como civilidad sexual argentina.

¿La unión convivencial en Argentina tiene refrendo en el concubinato romano? El objetivo de la presente ponencia es analizar el posible origen romanista de la unión convivencial en el Código Civil argentino, desde la perspectiva de la civilidad.

⁴⁶² Abogada (Universidad Nacional de Córdoba). Especialista en derecho civil y familia.

Antes de ello es útil aclarar que el término “civilidad” desde lo público proviene del latín *civilitas*, que es el modo de ser propio de la ciudad y de sus habitantes, conforme a unas normas. Mientras que desde el ámbito privado, “civilidad” sería entendida como modo de relacionarse correctamente siguiendo las normas sociales establecidas. Con esta idea de civilidad nos insertaremos en el análisis histórico-evolutivo-normativo y comparativo del concubinato en Roma y la unión convivencial en nuestra legislación civil actual.

El concubinato en la Roma del Imperio y la unión convivencial en Argentina

Según la concepción clásica del derecho romano, la unión conyugal de un hombre y una mujer entre los que exista *conubium*, capacidad natural de contraer y un consenso continuado, es designada con los términos *iustum matrimonium* o *iustae nuptiae*. De este se diferencia el concubinato por su nota de estabilidad de la simple relación sexual y con idéntico proyecto de vida en común. Este tipo de uniones adquiere relevancia gracias a la legislación matrimonial de Augusto que restringió, notablemente, el número de mujeres con las que casarse.

Mediante la *Lex Iulia et Papia Poppaea* “se prohíben ciertas uniones y no solo se declaran ilícitas algunas relaciones extramatrimoniales”, según la *Lex Iulia de adulteriis*, “con cierto tipo de mujeres” (Gaudemet, 1987), sino que se establece, dentro de ellas, una categoría con las que no se puede contraer *iustum matrimonium*. En este contexto encuentra su razón de ser el concubinato, siendo objeto de regulación jurídica recién en el cristianismo, que por abolirlo acabó reconociéndole *de iure* y forma. Esta modalidad volitiva es la que sirve de base al legislador actual para la promulgación de las leyes sobre unión convivencial en Argentina.

“El concubinato se basa en la falta de *affectio maritalis*”. Posee dos elementos: el *consensus* o consentimiento de los contrayentes, elemento subjetivo, y la *coniunctio* o unión, elemento objetivo, externo o de hecho, que caracteriza al concubinato (Panero, 2004); esta unión se acerca a nuestra unión convivencial. Para Torrent (2005), lo que asemeja a estas dos figuras es una voluntad, entendida en sentido negativo, de no querer considerar a la concubina como esposa y sobre todo, la estabilidad de la relación, plasmada en una convivencia, que deberá ser efectiva y tener un proyecto de vida en común.

Comparativamente en Argentina, hoy la unión convivencial es una opción voluntaria de situación familiar reconocida en el derecho civil. Recordemos que en su redacción original el Código Civil (Ley 340) de 1869 no regulaba el régimen jurídico del matrimonio, institución que se mantuvo en el ámbito exclusivamente religioso, debiendo por tanto los cónyuges contraer matrimonio dentro de aquel. El matrimonio civil fue recién incorporado en 1888 por la Ley 2393, luego abrogada por Ley 23.515 de 1987. En todas ellas, solo se reconocía efectos jurídicos al vínculo matrimonial celebrado entre dos personas de diferente sexo, admitiéndose luego, tras la reforma introducida por la Ley 26.618 de 2010, que los contrayentes pudieran serlo también del mismo sexo.

De todos modos, y más allá de esta y otras reformas que aunque importantes habían sido parciales, insistimos, no fue sino hasta el 1° de agosto de 2015 cuando nuestra norma de fondo dio paso al reconocimiento de un mayor margen de libertad al momento de elegir la forma en la que cada uno decidiera vivir en familia. Y así lo encontramos en el artículo 509 del Código Civil y Comercial, definiendo a la unión convivencial como “la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”.

La autonomía de la voluntad en el derecho civil en general y en el ámbito del derecho de familia en particular, ha tenido siempre un estrecho margen dentro de un conjunto de institutos donde el orden público tenía primacía. Sin embargo, la sociedad ha demostrado que es en el ámbito familiar donde la privacidad cobra especial importancia y la reivindicación de la libertad individual y de pareja se torna más evidente.

En este contexto, en el actual Código Civil y Comercial, en consonancia con los tratados de derechos humanos que componen el bloque de constitucionalidad, confluyen los principios de democratización de la familia con el de igualdad, autonomía de la voluntad, dignidad, igualdad, buena fe y solidaridad familiar, entre otros principios clásicos que justifican el avance de la autonomía de la voluntad por sobre el principio de orden público.

De esta forma, y haciéndose eco de los cambios que ha ido evidenciando la sociedad, y que se acrecentaron en particular desde la segunda mitad del siglo pasado, la regulación que el Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación propone sobre las “Relaciones de Familia” denota una mayor apertura hacia el reconocimiento de la posibilidad de las personas de autorregular tanto las relaciones patrimoniales como extramatrimoniales.

El derecho de toda persona a elegir llevar adelante un proyecto de vida autorreferencial en las relaciones de familia, implica el reconocimiento de una libertad individual en dos facetas diferenciadas pero autoimplicadas, tanto referida a los sujetos de la relación jurídica familiar como al contenido de dicha relación. Prueba de ello es lo expuesto respecto a las relaciones de pareja matrimoniales y a las uniones convivenciales. Reconociendo como un derecho humano la posibilidad de toda persona de elegir la configuración familiar que desee, ejercitando la autonomía de voluntad en las relaciones afectivas de pareja, en un dedicado equilibrio con normas de orden público que subsisten y que en definitiva redundan en la necesidad del Estado de proteger principios jurídicos fundamentales tales como la dignidad, la solidaridad, la igualdad, la protección de vulnerable, la responsabilidad familiar, entre otros. Principios cuya existencia no debe ser entendida como una limitación caprichosa o una intromisión arbitraria del Estado, sino —reiteramos— como una protección jurídica a los derechos humanos fundamentales.

La autonomía personal es la capacidad que tenemos los seres humanos de decidir qué queremos hacer con nuestras vidas, de diseñar y poner en marcha nuestro propio plan vital, tal como lo sostenía Emmanuel Kant. Sin embargo, para que esa autonomía pueda ser efectiva, para que la libertad pueda ser desarrollada, las personas debemos contar con opciones reales que muchas veces no podemos tener sin la ayuda del Estado.

Ninguna similitud es casual. En el Texto del Digesto, García del Corral (1892) traduce: *ex sola animi destinatione*, bien “por la sola intención del ánimo”, quizá tan literal y apegada a la forma como la “mera intención”. Así la elección, el *dilectus*, idea volitiva de intención, y la *destinatio*, la determinación, acompañan al *animus*. Así “*Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur*”, según el cual, la diferencia entre la concubina y la esposa está en la elección (*dilectus*) y “*Concubinam ex sola animi destinatio me aestimatio portet*”. El *animus destinationis* es un propósito con vocación de estabilidad, descarta lo ocasional, idea actual que se refleja en la unión convivencial argentina (Perozzi, 1906; Ernout y Meillet, 1939; Gaudemet, 1987). Es decir, el hombre romano podía elegir entre tener a una mujer como esposa, lo que implicaba hacerla partícipe de su rango social y guardarle la consideración debida (*honor matrimonii*) o tenerla como concubina, es decir, sin que exista *affectio maritalis* y, por tanto, sin *honor matrimonii* (Orestano, 1948).

La traducción de García del Corral (1892) nos ofrece el término “consorcio”, esto es: la vida en común, “compartir la misma suerte”, ser “consortes”,

“convivir”, “ser convivientes”, “...*non coitus matrimonium facit, sed maritales affectio*”. Se trata de una situación de hecho que encontró su difusión en las propias costumbres sociales, y sobre todo, en los integrantes del *ordo senatorius* e incluso en los propios emperadores. En Argentina, igual que en la Roma clásica, se exige solo un consentimiento, que debe ser continuo y duradero con los mismos principios monogámicos y exogámicos, con requisitos de edad para contraerlo y donde se le reconocen ciertos derechos de alimentos y sucesorios a favor de la concubina y los hijos. Cuando cesa la *affectio*, cesará también la convivencia.

Antes de ascender a categoría jurídica, el concubinato romano estuvo socialmente reconocido en la civilidad romana. Luego, con la legislación matrimonial de Augusto se incrementó y más tarde se desarrolló una regulación completa en época justiniana. En Argentina, las uniones convivenciales existieron históricamente y han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia matizada por las notas de estabilidad, publicidad y notoriedad, las que son de naturaleza constitucional; por tanto ambas con idéntica estructura de civilidad. Así, la referencia de la legislación actual en Argentina sobre unión convivencial no es más que el fiel reflejo del concubinato romano (Rodríguez López y Bravo Bosch, 2016).

Colofón: Una nueva concepción de familia

A modo de síntesis, en materia de relaciones de familia, el legislador argentino ha receptado la unión convivencial, ha promovido la familia nacida del concubinato dándole determinados efectos jurídicos mediante su reconocimiento legal, hasta con un régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

Son importantes los resultados a poco correr la vigencia de su legislación, pues las tendencias y valores implícitos en este tema nos hacen comprender que las instituciones, como reglas de juego de las relaciones humanas, son diferentes según el contexto y el país y su principal función es reducir la incertidumbre jurídica y producir interacción, mostrando estabilidad para que se mantenga una confianza en el sistema jurídico, trayendo como producto el cumplimiento de aquel añejo principio “seguridad jurídica”.

Ha sido dificultosa la búsqueda de antecedentes sobre la institución en estudio, ya que ha sido primigeniamente ignorada por Dalmacio Vélez Sarsfield y

otro tanto negada y castigada por influencia de la Iglesia Católica. Una nueva mirada en perspectiva de previsibilidad de las relaciones familiares se abre en el derecho de las familias argentinas al poder contemplar a la unión convivencial igualitaria, que se comporta ante los demás como esposos que conforman una comunidad de vida singular y permanente. Este es un fenómeno de civilidad que suprime toda connotación negativa a dicha relación, volviendo innecesarios los vínculos religiosos y formales que se requerían antes para conformar una familia. Su importancia es la visibilización de un sinnúmero de parejas que, por diversas situaciones de orden social y de orden jurídico, no han querido o no han podido contraer matrimonio. Para ellos la ley genera seguridad patrimonial, garantiza la autonomía de la voluntad, el progreso individual, y a su disolución, iguala con equidad el nivel económico de sus miembros. La unión convivencial no modifica el estado civil de soltero o casado, ni origina un nuevo estado civil. Tampoco exige inscripción en un registro –salvo para adoptar–, ya que no es obligatorio ni es carácter esencial, ni tiene carácter retroactivo y no existe impedimento legal sino los mismos que para contraer matrimonio. Su base, como en Roma, es la simple elección de público y notorio de convivir juntos para dar a conocer una unión convivencial/concubinato que dos personas practican entre sí.

Finalmente, en el concubinato romano y en la unión convivencial argentina se ejercita la opción sobre la intención *animus* (ánimo); al decir de García del Corral (1892), con propósito de estabilidad, continuidad, relación no ocasional. La autonomía de la voluntad ejercida en la *destinatio animi*, ergo atar, sujetar, fijar, hace que el concubinato/ unión convivencial exista mientras haya consentimiento y convivencia (*consuetudo*). Estabilidad, publicidad y notoriedad son notas características en el concubinato romano y en la unión convivencial argentina. Por último, la posibilidad de inscripción en un Registro ya existía en las fuentes jurídicas romanas y no de forma obligatoria, (D. 25. 7. 3 pr). El Censor romano asentaba la declaración jurada (acta) de cada ciudadano romano, la constitución de su familia y sus bienes (*testatio*), cuyo efecto era de carácter probatorio y para diferenciarlo de las demás familias constituidas por matrimonios.

Bibliografía

Ernout, Alfred y Meillet, Antoine (1951). *Dictionnaire etymologique de la Langue Latine. Histoire des mots*. Paris: Klincksieck.

García del Corral, Ildelfonso (1892). *Cuerpo del derecho civil romano*. Barcelona: Jaime Molinas Editor.

Gaudemet, Jean (1987). “Le mariage en Occident”. En *Revue des Sciences Religieuses*, 64-4, pág. 239-240.

Orestano, Riccardo (1948). “Sobre el presunto matrimonio en la ley romana”. En *Congreso Internacional de Derecho Romano e Historia del Derecho*. Verona, Italia.

Panero, Patricia (2010). “El concubinato romano”. En *Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre, pág. 92-125. Recuperado de: http://www.ridrom.uclm.es/documentos5/panero_imp.pdf

Perozzi, Silvio (1906). *Istituzioni di diritto romano. Volume I*. Firenze: G. Barberá Editore.

Rodríguez López, Rosalía y Bravo Bosch, María José (Coord.) (2016). *Mujeres en tiempos de Augusto. Realidad social e imposición legal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Torrent Ruiz, Armando (2005). *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid, España: Editorial Edisofer.

La enseñanza del derecho romano en la actualidad⁴⁶³

Por Gastón Leandro Medina⁴⁶⁴

Sumario

I. Prólogo personal; II. Fin y método de la educación moderna; III. Un proceso fatal; IV. Estudio y enseñanza del derecho romano en la actualidad; V. Conclusión; VI. Bibliografía

Resumen

Las consideraciones críticas sobre la enseñanza moderna y actual del derecho romano vertidas en el presente trabajo, pueden ser aplicadas al estudio del derecho en general, toda vez que la problemática que se atribuye al modo o forma de conocimiento del fenómeno jurídico es, en rigor de verdad, un asunto de consciencia jurídica.

⁴⁶³ La presente ponencia es una versión modificada del trabajo publicado en la revista *Anales de legislación y Jurisprudencia*, N° 43, año 2013, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP).

⁴⁶⁴ Abogado (UNLP). Especializado en Derecho Social (UNLP). Docente de Derecho Romano en UNLP, UNPAM y UBA. Doctorando en la carrera de Doctorado en Ciencias Jurídicas (UNLP). Diplomado en Derecho Romano (UAI). Secretario del Instituto de Historia y Derecho Romano del CALP. Miembro de ADRA y AIDROM. Contacto: medina_gaston@yahoo.com.ar.

Como signo inconfundible de decadencia cultural, el racionalismo ha alcanzado tal nivel de consagración en la historia de la educación general occidental, que se ha convertido, más que en método de estudio, en forma de pensamiento; en el modo como nuestra consciencia se expresa, desea, cree, siente y valora.

El presente estudio tratará de sentar algún indicio o sospecha sobre la necesidad de un cambio de paradigma en torno al método dialéctico racionalista aplicado en la enseñanza del derecho romano desde, al menos, el siglo XVI en adelante con seguridad. Que conlleve el alejamiento insoslayable de esa forma de pensar la realidad basada en los silogismos de la pura razón, so riesgo de perder el último resabio de antigüedad y, con ello, quizá, también el último aliento de humanidad.

I. Prólogo personal

La presente ponencia constituye una prieta crítica que nos toca de cerca y pone de manifiesto nuestra propia incompetencia frente a la exigencia y el nivel de compromiso que implica todo cambio en el método de enseñanza en general y, en lo que nos atañe, en el impartido a nivel universitario. Es que somos parte del sistema, colaboradores entrañables del mismo, pero, asimismo, somos víctimas —al igual que los destinatarios últimos de sus frutos: los alumnos— de sus efectos distorsivos. Y ello, toda vez que el racionalismo ha alcanzado tal nivel de consagración en la historia de la educación general que se ha convertido más que en método científico, en una forma de pensamiento; en el modo como nuestra consciencia se expresa, desea, cree, siente, valora...

Sentado ello debo, asimismo, confesar que el presente trabajo no goza de la sistematicidad ni del rigor científico esperados, siendo con seguridad el resultado de una profunda intuición personal que se me ha manifestado como una obsesión desde hace algunos años cuando me inicié en la práctica docente universitaria como profesor de derecho romano. Es la idea de que la educación racionalista, al servicio de la moral economicista moderna, resulta contraria a la dignidad de los hombres, esto es, al valor-fin supremo de realización humana.⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ Idea desarrollada en profundidad por el autor en el libro *Discriminación objetiva: Bases para una teoría general de los Derechos Humanos* (Editorial Académica Española, 2019).

Así, el presente trabajo de prospección tratará de sentar algún indicio, alguna sospecha, sobre la necesidad de un cambio de paradigma en torno al método dialéctico racionalista de enseñanza, lo cual supone previamente un insoslayable cambio cultural.

II. Fin y método de la educación moderna

Si concurriéramos en la actualidad a cualquier clase, de cualquier materia, en cualquier universidad de esta parte del orbe, seríamos testigos de la misma escena. Entre los actores, encontraríamos a un docente y varios alumnos que forman un mismo grado o nivel de aprendizaje. El sistema, sin dudas, será el “simultáneo”, caracterizado por la enseñanza sincrónica, donde los alumnos incorporan al unísono un mismo contenido. La uniformidad del conocimiento es una de las herramientas centrales de este método, cuyo origen se remonta al siglo XVII, con Comenius y su “Didáctica Magna”, y su consagración al siglo XIX, desarrollándose con eficacia admirable desde entonces hasta la actualidad. Un mismo maestro equivale a un mismo libro. De modo tal que la finalidad ulterior de los sistemas educativos modernos, que no es otra que la formación de ciudadanos, es decir, de sujetos con la capacidad intelectual y moral para vivir en la sociedad burguesa capitalista (conciencia ciudadana), quedará eficazmente asegurada mediante el control de los contenidos curriculares. Dicho control sustancial –de contenidos– también se ha dado, de modo no menos intenso, en un aspecto formal, en los niveles de la educación primaria y secundaria mediante la incorporación de reglas de conducta, de hábitos, por cierto, burgueses. En este sentido, las reglas sistematizadas por Jean Baptiste La Salle (1651-1719), precursor del método, son reglas de conducta más que contenido de conocimiento, lo cual pone de manifiesto la genuina utilidad buscada en la educación: ser un eficaz instrumento de disciplinamiento colectivo, disuasivo, subrepticio, canalizador de los proyectos particulares hacia el “Ser social” o interés general. Hete aquí la realización de los preceptos de la única revolución cultural, la burguesa, que implicó cambios paradigmáticos a nivel científico e industrial. Lamentablemente, el sistema de enseñanza mutua, ideado por el genio Pestalozzi (1746-1804) y sistematizado por Bell y Lancáster y, más tarde, reformado por Herbart (1776-1881) bajo el nombre “Método global”, ha quedado en el olvido. Yace sepultado en las sombras de la

simultaneidad propuesta por Comenio un siglo antes y, ahora, universalmente consolidada, aunque, desgraciadamente, al servicio de intereses económicos más que sociales o culturales. A diferencia de este, aquel método maestro –el mutuo– sí constituía un arte más que una técnica. En él, la relación de autoridad se desarrollaba en forma espontánea y natural mediante la articulación colectiva y recíproca de los aprendices. El propio Pestalozzi definió a la enseñanza como “el arte de tender la mano a esa tendencia natural hacia su propio desarrollo (...) de poner en relación y en armonía las impresiones que han de grabarse en el niño en la graduación precisa del desarrollo de sus fuerzas”, es decir, “lo que conviene a cada edad del niño” (Pestalozzi, Johann H., 1927: 34). Todo lo cual coloca al maestro en el ejercicio de un rol social de vital importancia para el mantenimiento del Estado desde sus mismas bases, siendo su función en el sistema educativo nacional la de formar la conciencia ciudadana desde la más temprana edad escolar. Durkheim bien lo expresa al definir a la educación como una socialización metódica de las jóvenes generaciones a cargo de las adultas y al preguntarse “¿de qué puede servir imaginar una educación que sería mortal para la sociedad que la pusiera en práctica?” (Durkheim, Émile, 1997: 127).

Volviendo la mirada a aquella cotidiana escena universitaria con la cual comenzamos, la disposición de los agentes nos dice demasiado sobre el fin práctico enunciado y que hemos atribuido a ese método moderno. Así, los “a-lumnos” de la clase reciben los rayos del saber de su astro central: el docente. Será este “Sol” quien, dispuesto al frente de la escena, ilumina en forma radial a aquellos con conocimientos pretendidamente absolutos. Existe un ostensible uso de la autoridad del maestro que excede la confianza en la veracidad de sus dichos y se proyecta sobre una estructura jerárquica de poder, que autoriza una comparación entre el maestro y el Estado y entre los alumnos y los súbditos de este. Ello condice con una sociedad jerarquizada, que exigirá a sus ciudadanos la asimilación de dicha realidad sin la menor conjetura en contrario. Esta disposición de los alumnos en el espacio áulico es funcional al método simultáneo toda vez que posibilita la centralización de la atención de ellos frente al docente y la sincronización del aprendizaje, siendo, por consiguiente, funcional a sus fines.

En cuanto a la organización de la clase, habrá un aprovechamiento notable del tiempo, lo cual resulta coherente con la sobrevaloración que la cultura moderna hace del mismo. Así, en el mundo de hoy como en el del siglo XIX, el precio de casi todos los bienes del mercado es traducible según el tiempo de

trabajo que requiera producirlos. Asimismo, el simple transcurso del tiempo generará riqueza si se trata de inversiones financieras. Ello explica que el tiempo sea minuciosamente medido y apreciado. Pero no solo la jornada escolar es regulada, también lo es la distribución de los alumnos en el espacio áulico, todo ello como medio de conseguir el orden. De modo tal que, todo ello armonizado, se constituya en un eficaz instrumento de sometimiento mediante la inculcación de hábitos como el silencio, el orden y la disciplina, el trabajo obligatorio, la competición y, principalmente, la sumisión a los jefes-patronos o, lo que es igual, la docilidad o subordinación al capital. La comparación del hábitat áulico con la sociedad moderna resulta insoslayable. Crear buenos obreros, buenos ciudadanos, esa es la consigna. El método, la educación racionalista, aquella que se basa en la lógica y los principios de la razón, como aquel que enseña a producir lo mismo con menos esfuerzo. Por el contrario, aquel mutualismo fundamenta su relación de autoridad en la ley humana y natural según la cual la mejor autoridad es la que vive internalizada en el grupo de estudiantes y es exteriorizada mediante el “auto-control” de los propios alumnos. La autoridad circula entre ellos, fluye entre quienes participan más activamente en el proceso educativo. Lamentablemente, las bondades del sistema no fueron suficientes para convencer a la nueva sociedad industrial ni a su economía capitalista. Y, lo que podría creerse como propio de la educación primaria, también se desarrolla en los niveles secundarios y terciarios de enseñanza. Ello se advierte al conocer los altos índices de afiliación en las carreras denominadas formales: Economía, Derecho, Medicina, Ingeniería. Carreras, por cierto, con un alto grado de funcionalidad al sistema e igual nivel de financiamiento por parte de los Estados.

Las características hasta aquí descritas responden a condiciones seculares gestadas por los dos siglos precedentes al XIX, entre las que podemos señalar las siguientes:

Desde el aspecto político, en el siglo XIX ya ha triunfado la idea del progreso social mediante el cambio político y la educación del pueblo soberano (titular del poder político) en detrimento de la idea de autoridad divina como fuente de toda organización del poder en el mundo.

Por su parte, las tendencias de pensamiento vigentes durante este siglo son consecuencia del movimiento iluminista desarrollado desde el siglo anterior, que se constituyó como un fenómeno integral fruto de la crisis de la cultura feudal.

Pero retomemos ahora la línea histórica emprendida. La revolución de 1789,

con la declaración de sus principios republicanos y liberales, y el empirismo sensible de Bacon, Rousseau, Voltaire, Newton y Locke, entre otros, respectivamente, son ejemplo claro de ello. Asimismo, mediante Newton se consolida la idea mecanicista de la naturaleza, bien recibida por la Iglesia de aquella época por ser compatible con la existencia de Dios, ya que el reloj supone al relojero. Newton, por su parte, representa la síntesis entre dos corrientes antagónicas de pensamiento, el empirismo baconiano y el racionalismo cartesiano, pretendiendo ser la síntesis superadora entre ambas, que ejercerá influencia sobre todo el siglo XIX.

Así, durante este siglo, el “nuevo hombre”, aquel “Ser” pensado y moldeado por la moral de mercado, para venir a reinar en la nueva era moderna finalmente encontrará su prototipo: un “Ser” racional, calculador, materialista y, por sobre todas las cosas, individualista y amante de la certeza. Un “Ser” preocupado en descifrar la estructura matemática, mecánica y causalista de la naturaleza más que las necesidades de su espíritu. Pero faltaba todavía un logro mayor: la masificación de esa “*mens*” moderna mediante una política educativa definida y caracterizada por un sentir laico y universal.

La educación habíase convertido en una cuestión de Estado, que ahora sería la nueva superestructura política de autoridad, como fuera otrora –durante la Edad Media– la Iglesia, pero con la común condición de ser ambas relaciones de autoridad ideadas sobre una ficción intelectual que Rousseau denominará “Pacto social”. Nace así la mayor abstracción moderna: el “Ser social”, elaborada sobre la base de la conciencia social y supraindividual que solo podrá lograrse mediante una disciplina rigurosa aplicada en la escolarización popular y elemental. Sin embargo, como suele ocurrir, las políticas educativas quedarán subsumidas al desarrollo económico y al incremento de la riqueza durante todo el siglo en cuestión. Ello explica por qué el analfabetismo fue el caro precio que debió pagar la mayor potencia industrializada del siglo, Inglaterra, en donde la escuela fabril no fue más que el cumplimiento de una pura formalidad impuesta por la ley de la sociedad industrial.

Asimismo, a partir del siglo XIX se realizarán aquellos principios revolucionarios, que no son otros que los de la moral burguesa, y se intensificará su típico sistema de producción, el capitalismo, que ahondará las diferencias sociales y se alejará de la igualdad y justicia social proclamados por la revolución burguesa de la primera hora.

Hete aquí las raíces históricas del programa social-pedagógico del siglo decimonono, cuyo fin último será crear hábitos de vida, un modo de vida, una

forma de pensar y de conciencia, un sentir funcional al mantenimiento y conservación del Estado, a su sistema económico de producción y a su constitución político-social.

Finalmente, cabe señalar que dicho modelo sigue vigente, desarrollando sus fuerzas cada vez con mayor intensidad sobre el colectivo social, a través de esa peculiar forma de pensar basada en los silogismos de la pura razón.

III. Un proceso fatal

La enseñanza, considerada como proceso de socialización (facticidad social) del individuo es, atento el actual estado de las cosas, un proceso fatal, cuyo transitar por la persona conlleva siempre una pérdida determinante. Si bien el hombre en ese derrotero educativo se adaptará —tarde o temprano— al “*Ethos*” social de ciudadano, es decir, a un nuevo *status* y *rol* de hombre moderno (*novum homo*), con derechos y deberes implícitos y explícitos, ello no borrará su sensación de orfandad o pérdida, de lo que adolecerá siempre.

En qué consiste entones esa ausencia, ese vacío. Nos explicamos: lo hallamos, creemos, en la ajenidad de consciencia a la que es sometido el hombre nuevo en el proceso institucionalizado de enseñanza y aprendizaje; en la separación, siempre temprana e inhumana, de su mente y su alma; en el extrañamiento de los profundos temores y deseos de su corazón; en el desconocimiento de su propia consciencia, es decir, de sí mismo.

Como si el “Hombre nuevo” requiriese, para su configuración suprema, desarraigarse de su propia naturaleza, de su propio “Ser”, para enlistarse en las filas del llamado “Ser social” como prenda de sus apetitos. Y así, desplazado, camina el Hombre moderno por el mundo, errante y moribundo, entre la vida y la muerte, a medio morir... enajenado.

¡Cuántas cosas sagradas nos han sido arrancadas de nuestro puño apretado, desde que el hombre es “Hombre”! Habremos ganado algo, es cierto. Seremos —al final— buenos ciudadanos y obreros, buenos estudiantes y padres de familia. Habremos logrado la coronación cultural de nuestro tiempo, es cierto, y hasta sentiremos el tranquilo letargo —no lo dudo— que sucede al placer del deber cumplido, pero también el moribundo siente gran alivio con la muerte, luego de una cruenta y larga agonía, pero a costa de perder la vida para siempre.

La enseñanza moderna, al servicio exclusivo de las exigencias del mercado, constituye un proceso fatal, en el que la angustia será el resultado insoslayable de la desvinculación de nuestra mente con nuestra consciencia o, mejor dicho, con nuestra alma. Y así, como el miembro de una sociedad primitiva marca para siempre en su piel las huellas de su pertenencia igualitaria al grupo, el hombre civilizado lleva en su memoria dura, como tatuaje inalterable, el estigma de aquella penosa y forzada muerte, dando lugar a la reducción artificial y coactiva de su sagrada consciencia, esto es, a la formación del sub-consciente, entendido como síntoma patológico de la ajenidad de consciencia impuesta por aquel perverso proceso de enseñanza basado en la razón pura. Y esto no significa, bajo ningún concepto, el rechazo absoluto e “*in limine*” de la utilidad de los saberes científicos en relación al ámbito de aplicación de la realidad que les pertenezca, sino que lo que en síntesis se critica es la extralimitación de esa forma científica de conocimiento sobre otras esferas de la realidad, como por caso, sobre nuestros sentimientos y valoraciones; sobre nuestra íntima consciencia; o sobre los ideales –siempre presentes– en la formación y aplicación del derecho. Y ese “sub-consciente” revela la fuerza incontrastable de la naturaleza. Como si el alma se resistiera, con uñas y dientes, desde el interior de nuestras entrañas, a su propia muerte.

IV. Estudio y enseñanza del derecho romano

Mi modesta experiencia docente al frente de cursos promocionales de derecho romano en distintas universidades del país, me ha generado dudas razonables –que este trabajo pretende esclarecer(me)– sobre la presencia de un enemigo invisible de consecuencias nefastas en las jóvenes generaciones de estudiantes, quienes arrastran consigo, sin saberlo, siquiera sin sospecharlo, un vicio reprobatorio, oculto, de su consciencia. Un modo de ver y de apreciar la vida; una manera de pensar y, lo peor, de sentir y valorar la vida y el mundo. Me refiero al racionalismo como modo de consciencia burguesa en la modernidad. La derrota en la batalla contra dicho flagelo parece previsible en cuanto advertimos que dicho vicio también nos afecta a nosotros, los docentes y, lo que es peor, con el mismo grado de inconsciencia, siendo lícito atribuir la presente confesión a un esporádico intervalo de lucidez. De modo tal que la pretensa misión de alcanzar un cambio paradigmático en el modo de enseñar, de transmitir y aprehender

conocimiento, exige, necesariamente y con carácter previo, una modificación en el modo de pensar y de sentir las cosas del mundo, esto es, una innovación a nivel de la matriz de conocimiento.

En dicho desafío me he valido de la iniciativa de enseñar los contenidos curriculares de la materia que enseñé, derecho romano, desde el genuino sentir del pueblo romano, es decir, desde la “*mens*” del hombre antiguo. Desde esa óptica –que podríamos mal llamar “romántica”– no todo necesita ser explicado para tener sentido o tenerse por cierto, porque la verdad no se identifica con “lo” ciertamente conocido, sino con “lo” intuitivo, “lo” sentido, “lo” percibido, que será tomado como real, aunque no pueda ser cabalmente entendido por nuestro intelecto ni respete la ley de la causalidad; aunque en el fondo, ni siquiera pueda ser explicado, esto es, captado por el único, serio y válido canal de conocimiento actualmente aceptado: la razón. Así, conceptos tales como “energía”, “ritos”, “magia”, “espíritus”, “honor”, “*manus*”, “*fides*”, “plenitud”, “divinidad”, “conjuros”, “augurios”, “*imperium*”, etc., cobrarán existencia ontológica como objetos serios y necesarios de conocimiento, desempolvando sus gastadas vestiduras en el cajón de los recuerdos al que habían sido condenados por la cultura racionalista moderna.

He encontrado en la materia que enseñé, la excusa adecuada y procedente para discurrir sobre dichos conceptos desde una óptica alejada del racionalismo y del positivismo científico modernos, y más allegada a lo que podría llamarse pensamiento mágico. No obstante resultar –solo a primera vista– dichos términos tan extraños a la enseñanza del derecho son, sin embargo, inherentes a la cultura antigua, y su estudio se erige en necesidad imperiosa, so riesgo de promocionar el curso sin beber del genuino sentir romano.

El cambio propuesto me embarcó en la ardua tarea de resignificación de varios conceptos e institutos jurídicos romanos, alejándome en muchos casos del significado tradicional de conceptos, hechos y costumbres, seguidos por la moderna romanística. Así, por ejemplo, tuve que enseñarles que el verdadero sentido de los ritos jurídicos empleados por el derecho romano más antiguo, residía en una profunda creencia en la magia y sus efectos benefactores. Por caso, tuve que hacerles ver que la esencia del vínculo familiar (*ad-gnatio*) entre los integrantes de una misma “*gens*” o “*clan*” era de índole esencialmente religioso y consistía en la profesión de un culto doméstico (*Sacra Privata*) común, que implicaba compartir los mismos dioses ancestrales. Tuve, asimismo, que clarificarles la importancia del valor histórico de la familia romana, la idea de la familia perpetua e indivisible que obraba en su seno y que hoy es tan solo

un sórdido eco en el olvido. Les dije también que la relación de autoridad del sistema jurídico romano, de la ley romana —ya oral, ya escrita— se basaba en la natural y esperada eficacia coactiva que deriva de los entrañables lazos de familia, ya que los dioses familiares eran los ancestros (*lares, manes, penates, genius*). En este caso, la regla social era cumplida con espontáneo acatamiento, como se respetan los consejos de los abuelos que las familias y los pueblos saben conservar como genuinos tesoros, para ser transmitidos en forma oral, de generación en generación.

Asimismo, me vi en la necesidad de dejar en claro que para el sentir del hombre antiguo, todo giraba en torno a una cosmovisión que integraba al Hombre, la tierra, los dioses y el cielo (*quaternum*), en la que el primero tenía el deber sagrado de respetar en su obrar (*labor improbus*) la armonía y equilibrio existentes entre las partes del todo, estado de plenitud que los romanos llamaban Paz (*Pax*). Que tamaña belleza era significada por el antiguo vocablo latino “*Res*”, que al remitirse a la realidad como una unidad armónica, integradora, y en donde el equilibrio de las fuerzas se basa en el respeto de cada “parte” al “todo”, se erige como la más temprana y auténtica cosmovisión ecológica del mundo, hoy hecha sombra. Tuve que enseñarles, también, que la cultura moderna es contraria a esa cosmovisión, ya que en ella se enseña a explotar a la naturaleza, a dominarla, a someterla al servicio de las necesidades culturales del hombre que son, por cierto, tan volátiles, tan contingentes y cambiantes como las necesidades del mercado.

Finalmente, les dije que si de algo estaba seguro, era que en la modernidad el pacto de paz entre los hombres y la naturaleza estaba roto, y que dicho estado de cosas resultaba impensable de la cultura antigua. En este orden lo expresa el maestro Alfredo Di Pietro al citar, en sus célebres trabajos “*Iustissima Tellus*” (1965) y “*Homo Conditor*” (1980), a Spengler: “El que cava y cultiva la tierra no pretende saquear la naturaleza, sino cambiarla. Plantar no significa tomar algo, sino producir algo. Pero al hacer esto, el hombre mismo se torna planta, es decir aldeano, arraigando en el suelo cultivado” (Spengler O., 1951: 110). Es este ideal agrícola en el que el poder se basa en el respeto de la naturaleza y la pequeñez de “lo humano”, aquello que también se repetirá en el ideal político, en relación al gobierno de la “*civitas*” y sus autoridades, respectivamente. Las palabras hablan por sí mismas en la cultura jurídica moderna y son claras en resaltar la actual contradicción con aquel sentir primitivo. Se habla así de “sujetos” y de “objetos”, en lugar de decir “personas” y “cosas”, como lo hacían los antiguos. El binomio “sujeto-objeto”, etimo-

lógicamente, se refiere a la situación de sujeción de “alguien” o “algo” a una autoridad externa que se impone de modo coactivo-reflexivo, no espontáneo ni naturalmente. Ambos son términos modernos –no antiguos– que suponen la sumisión de los hombres a la Ley y al Estado (*Sub-ictus*), y de las cosas a los hombres (*ob-ictus*). Surge coherente –en este orden– hablar del individuo “al” servicios del “Ser” social, y de la naturaleza “al” servicio de la explotación “por” y “para” el Hombre. Aquella sagrada *Pax Romanorum* ha sido, a las luces, reemplazada por una relación de autoridad basada en la fuerza coactiva de la ley, vaya a saber uno al servicio de qué interés o finalidad. Di Pietro (1965), con la lengua poética que caracteriza su pluma, nos enseña cuan ajena resulta al hombre moderno esta concepción del mundo y de las cosas, al decirnos que: “Es que hoy día el hombre ha perdido todo contacto con la Tierra, a la cual ha despreciado. Se ha encerrado en la Ciudad, pero esta Ciudad no tiene nada que ver con las fundadas por los romanos. Ya no son el receptáculo de los dioses ni están impregnados del sacro misterio de la labor humana dirigida al plano de lo divino. Por el contrario, son el resultado de las finanzas y del mercado” (Di Pietro, A., 1965: 17). Al final, lo que más me sorprende es la reacción del alumnado al hablarle sobre la idea romana acerca del poder, la cual dista mucho de su denotación actual.

Los sistemas jurídicos modernos de tradición romanista han tomado muchas nociones e ideas de la doctrina alemana de los siglos XVIII y XIX, muy influenciada por la teoría voluntarista y el individualismo iluminista. De modo tal que la idea romana de “poder” –luego de atravesar dicho filtro– ha llegado tergiversada a nuestros días, de mano por caso de grandes juristas como Savigny, a quien expresamente siguió Vélez en el antiguo y venerable Código Civil argentino. La diferencia radica en que, para los romanos, el poder es la situación resultante de un rito, de un pase de magia ancestral. Algo así como un estado objetivo de conocimiento, en donde el verdadero “hacedor” son los dioses familiares y el “autor” del rito, tan solo un mero instrumento (médium) de comunicación con aquellos. Por el contrario, la idea moderna de “poder” atribuye este a la capacidad de la voluntad u otras virtudes del sujeto, siendo esta una visión individualista/voluntarista acerca del poder. Para los romanos, el poder es algo objetivo, un estado (status) no dependiente del sujeto, sino que le es dado (derivado). Se constituye un estado óptimo de energía ritual activada mediante el rito, de fuerza benefactora, ininteligible pero sensible y real, de la que goza –aunque lo trascienda– por caso, el jefe de la familia (*pater familias*) en el ejercicio de su “*potestas*” dentro de la familia, o el mismo

magistrado mayor durante el ejercicio de su *“imperium”* en la República. Así, para la cosmovisión antigua, el poder configurará más que un beneficio para su actor, un deber supremo impuesto por el orden de la tradición, cuya finalidad fundante será el servicio al grupo o a la comunidad, según el grado o nivel de la estructura social en que se ejerza. Así, el rol de *Pater* (primer; jefe) será una “carga-deber” antes que un “beneficio-poder”. El escenario descrito representa una síntesis del estado actual de la cuestión y de los escollos innumerables que, en el ejercicio cotidiano de la docencia universitaria, debemos sortear los profesores y alumnos, so riesgo de la difusa pero siempre palpable sensación de estar enseñando y aprendiendo otra materia.

V. Conclusión

Como siempre, guiado por una profunda intuición, creo que la enseñanza del genuino espíritu del derecho romano corre riesgo de perecimiento en un futuro no muy lejano. Todavía hoy pende de un hilo, a través del incansable trabajo hermenéutico de grandes maestros, quienes desde sus cátedras y con su vasta experiencia forman alumnos en el auténtico sentir romanista. El futuro es, en el mejor de los casos, todavía incierto. La enseñanza del derecho romano “modernizado” en las diversas universidades del país continúa su malogrado derrotero, moribundo, afectado por una patología degenerativa y crónica. Por fortuna, como ha dicho Jorge Luis Borges, todavía Roma es “aquel imperio que, a través de otras naciones y de otras lenguas, es todavía el Imperio”. Y esta idea garantiza la posibilidad de un futuro distinto que represente un cambio de paradigma en el estudio y enseñanza de esta rama tan vasta y germinal de la ciencia jurídica universal que fue, es y será el derecho romano. Se erige así, como imperativo necesario, una nueva síntesis conceptual de la materia. Una nueva comprensión global –cosmovisión– que tome como punto de partida y de llegada “lo colectivo” por sobre “lo individual”; “lo natural” por sobre “lo cultural”; lo “concreto” por sobre lo “abstracto”; lo “humano” por sobre todo aquello que no respete la regla *“pro homine”*; y, principalmente, la idea de “sagrado deber” por sobre la de “mundano poder”.

VI. Bibliografía

Bourdieu, Pierre (1998). *La esencia del neoliberalismo*. Cambridge: Polity Press.

Bourdieu, Pierre (1988). *Homo academicus*. Cambridge: Polity Press.

Bowen, James (1992). “La educación y la ilustración: La revolución conceptual”. En *Historia de educación occidental*. T. III. Barcelona: Editorial Herder, pág. 226-243.

Comenius (1986). *Didáctica Magna*. Madrid: Editorial Akal.

Duby, George (1986). “La catedral, la ciudad, la escuela”. En *Europa en la Edad Media*. Barcelona: Editorial Paidós.

Di Pietro, Alfredo (1980). “Homo Conditio”. En Revista *La Ciudad*. Buenos Aires.

Di Pietro, Alfredo (1965). “Iustissima Tellus”. En Revista *Iustitia*. Buenos Aires.

Durkheim, Émile (1992). “La Iglesia primitiva y la enseñanza”, EN *Historia de la educación y de la pedagogía*. Madrid: Editorial La Piqueta.

Durkheim, Émile (1997). “La moral laica”. En *La educación moral*. Buenos Aires: Editorial Losada, pág. 134-167.

Grimal, Pierre (2008). *La civilización romana*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Herbart, Johann Fridirch (1927). *Bosquejo para un curso de pedagogía*. Madrid: Ediciones de La Lectura.

Hobsbawn, Eric (1998). “Vista panorámica del siglo XX”. En *Historia del siglo XX*. Buenos Aires: Editorial Mondadori.

Hobsbawn, Eric (2007). *Guerra y paz en el siglo XXI*. Barcelona: Editorial Crítica.

Krotsch, Carlos y otros (1993). *Universidad y sistemas productivos*. Barcelona: Editorial Miño y Dávila.

La Salle, Jean Baptiste (1720). “La conducta de las escuelas cristianas”. En cuadernillo “Selección de fuentes a cargo de Leandro Stagno”. Inédito.

Le Goff, Jacques (1986). “La función cultural”. En *Mercaderes y banqueros en la Edad Media*. Buenos Aires: Editorial Eudeba.

Le Goff, Jacques (1969). *La civilización del Occidente medieval*. Barcelona: Editorial Juventud, pág. 214.

Pestalozzi, Johan F. (1835-1927). *Cómo Gertrudis enseña a sus hijos*. México: Editorial Porrúa, pág. 1-26.

Romano, Ruggiero (1981). “La crisis del siglo XIV”. En *Los fundamentos del mundo moderno: Edad Media tardía, reforma, renacimiento*. Madrid: Editorial Siglo XXI.

Spengler, Oswald (1998). *La Decadencia de Occidente*. T. I. II. Madrid: Espasa Libros.

La aplicación del principio *Ubi Societas, Ibi Ius* en el derecho actual

Por Marilina Andrea Miceli⁴⁶⁶ y Leticia Inés Núñez⁴⁶⁷ (en colaboración con Viviana Elisabet Céspedes y Lucas Levalle)⁴⁶⁸

Resumen

Tomando en consideración que el ser humano es un ser eminentemente social, forjador de relaciones con sus pares, con un sinnúmero de facultades o derechos en donde el otro, representado por el *alter* social, se ve impregnado de obligaciones o deberes de respeto en relación a aquel. El presente trabajo se focaliza sobre el principio perviviente *Ubi Societas Ibi Ius*, que toma como

⁴⁶⁶ Abogada egresada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora universitaria en Ciencias Jurídicas y Doctoranda en Derecho, Secretaria Técnica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana (UAI). Coordinadora de la Red de Universidades Americanas para el Fortalecimiento de la protección Jurídica de la Persona Humana. Docente de UBA, UAI, JFK, UCES y de la Diplomatura en Historia y Estrategia (UAI). Directora de la carrera de Martillero Público, Corredor y Administrador de Consorcios de la Universidad Abierta Interamericana (UAI). Investigadora en formación de la Facultad de Derecho de la UBA. Codirectora del proyecto de investigación sobre “Pervivencia del Derecho Romano en los Principios Generales del Derecho y en las Instituciones Jurídicas de la Actualidad” (UAI).

⁴⁶⁷ Abogada y procuradora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora Jefe de Trabajos Prácticos Regular de la Facultad de Derecho de la

protagonista al sistema jurídico como poder organizador del Estado, capaz de prevenir o resolver los conflictos sociales que puedan presentarse a través de la voz de los operadores jurídicos a cargo de la aplicación, integración e interpretación del derecho.

Palabras clave: Derecho vigente; derecho romano; sujeto y sociedad; *Ubi Societas, Ibi Ius*; operadores jurídicos; interpretación; integración; aplicación del derecho

Abstract

Taking into consideration that the human being is mostly social, a forger of relationships

Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora adjunta de Derecho Romano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana (UAI). Profesora adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Isidro (USI). Miembro permanente y vocal titular de la Asociación de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA). Miembro permanente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM). Miembro del Seminario Permanente sobre Investigación de Historia e Instituciones del Derecho Romano en el marco del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora en formación de la Secretaría Legal y Técnica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro activo de Proyectos DeCyT 2010/12 – 2012/14 y Proyecto Institucional 2017/2018 de la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro del Instituto de Derecho Romano del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Miembro de la Schola Serviana Iuris Romani. Integrante del proyecto de investigación sobre "Pervivencia del Derecho Romano en los Principios Generales del Derecho y en las Instituciones Jurídicas de la Actualidad" (UAI). Autora y coautora de diversas ponencias y publicaciones en la especialidad de derecho romano tanto en Argentina como en el extranjero.

⁴⁶⁸ Viviana Céspedes es abogada egresada e integrante del equipo de investigación de la UAI sobre "Pervivencia del Derecho Romano en los Principios Generales del Derecho y en las Instituciones Jurídicas de la Actualidad". Actualmente se desempeña como Secretaria Administrativa en Rectorado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (UAI); Lucas Levalle es integrante alumno del proyecto mencionado.

with their peers and imbued with an indefinite number of faculties or rights, where the other, represented by a social alter, is embedded with obligations and duties of respect in relation to this first being; this presentation is focused on the subsistent principle Ubi Societas, Ibi Fu, which takes the justice system as a protagonist and represents it as the State organizing power with the ability of preventing or solving the social conflicts that can be introduced through the justice operator's voice in charge of the application, integration and interpretation of the law.

Keywords: *Current law; roman law; subject and society; Ubi Societas, Ibi Ius; legal operators; interpretation; integration; law enforcement.*

I. Derecho y sociedad

Tomando en consideración que el ser humano es un ser eminentemente social, autor y protagonista de las relaciones que con sus pares va forjando a lo largo de la vida, podemos decir que toda sociedad existe y se desarrolla en término de relaciones humanas organizadas con la finalidad de satisfacer necesidades mutuas. Dentro de esta sociedad, dichos ideales representan estándares valorativos que, plasmados en una comunidad determinada, dependen de su efectivo sistema de creencias y sirven para resignificar sus lazos interpersonales. Como la sociedad evoluciona históricamente y se desarrolla, se ordena con estas nuevas pautas reflejando, inevitablemente, nuevos tipos de coexistencia social.

El derecho, como objeto cultural, posee todas las características que así lo definen, es decir, es creado por voluntad del hombre, obedece a una necesidad o utilidad comunitaria y posee un valor intrínseco en relación a su funcionalidad temporal y espacial. Es por ello que el derecho no escapa a la realidad del momento en el que fue creado. Posee las características que representan a la sociedad que lo genera y la de sus valores sociales vigentes que, como motores de su conformación, son inescindibles de la espiritualidad de esa comunidad determinada.

Así, valor por utilidad y por autor que lo genera, el derecho, como objeto cultural, posee además un valor de alteridad, esto es porque se brinda dentro de un plano de coexistencia que involucra al “alter” u otro, constituyéndose entre los sujetos una alternancia o *feedback* denominada relación jurídica.

Rivera expresa: “Somos hecho, somos valor y somos norma. Somos la evidencia del hecho, portamos la estructura canalizadora del mismo como norma, y ya comenzamos mediante el sentido, a vivir el valor como posibilidad”.⁴⁶⁹

El hombre al vivir desarrolla una conducta, va siendo cada vez más humano a lo largo de la vida, no tiene otra posibilidad más que comportarse. Si el hombre dejara de hacerlo, también estaría actuando, estaría haciendo ocio o, como vulgarmente lo llamamos, estaría haciendo nada. En este caso, la conducta se constituye por omisión deliberada. De esta manera, por acción u omisión, el convivir del hombre requiere compatibilizar y morigerar conductas en relación a la mirada de los demás pues, como sujetos pretensores, vemos en el cumplimiento del deber la conducta esperada. Entendiendo, de lo expuesto, que el hacer de uno se relaciona directamente con el permitir hacer del otro como una realidad en interferencia intersubjetiva. Carlos Cossio manifiesta: “Cuando nos referimos al derecho como conducta no se trata de una conducta cualquiera, sino de la conducta humana en su interferencia intersubjetiva o conducta compartida. (...) los fenómenos de conducta se perciben en lo que concierne a la exteriorización de ella”.⁴⁷⁰

Cabe destacar que todo comportamiento, en líneas generales y en situaciones normales, depende del preferir del sujeto actuante. Existe así una valoración previa a toda conducta. El poder elegir libremente imputa de manera causal las consecuencias que el sujeto provoca, porque somos libres elegimos y porque elegimos somos responsables. Si las consecuencias son positivamente esperadas, la conducta será discursiva o valiosa a los ojos del *alter*. Si por el contrario, la conducta no es la pretendida, será disvaliosa o extra-discursiva a los ojos de la comunidad,

Dice Rivera: “Entonces lo específico del hombre no es más, como se sigue diciendo, lo racional –función limitada y subordinada– sino la capacidad de temporalizar valores. Por lo tanto, el nivel espiritual valorativo es el ideal como posible manera de temporalizar la existencia en sentido positivo. Y esta es la diferencia fundamental con los ideales éticos y morales del pasado,

⁴⁶⁹ Rivera, Luis Fernando (1993). *Desde el Trialismo de Herrera Figueroa*. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, pág. 10.

⁴⁷⁰ Cossio, Carlos (1987). *Radiografía de la Teoría Ecológica*. Buenos Aires: Editorial Depalma, pág. 153. Segunda tesis: la conducta jurídica es perceptible.

que desde el nivel de la norma pretendieron reconocer y prescribir el futuro del hombre.⁴⁷¹

Pérez Luño hace referencia a la mutua y necesaria relación entre sociedad y derecho como producto cultural de la actividad humana que se expresa a través de determinadas formas normativas que regulan el desarrollo de la convivencia social desde el nacimiento hasta luego de la muerte.

II. Interpretación, integración y aplicación del derecho

Podemos hablar de la interpretación como una actividad o interpretación como producto. Interpretar en sentido amplio es la forma de captar lo que se manifiesta en relación a un objeto de estudio determinado. Otros autores como Ginés García indican que interpretar es atribuir sentido a algo. En el ámbito jurídico, ese objeto de estudio sería el fenómeno jurídico.

Respecto a qué debemos interpretar, para Kelsen la norma; otros al “derecho” –como Dworkin–, que se centran dentro de “la práctica social”. García nos habla de la totalidad de “las fuentes”, Cossio del “fenómeno jurídico”.

Sobre cuándo es el momento propicio para interpretar, debemos diferenciar la interpretación en abstracto o en concreto. La primera tiene que ver con lo doctrinal, la interpretación general que puede dársele a un caso o a algún instituto determinado. Sería como referenciar alguna categoría de conducta o arquetipo de persona e interpretar la aplicación normativa al caso hipotético. La interpretación concreta es la de los operadores jurídicos respecto a un hecho determinado y una persona específica es judicial y no doctrinal, requiere encuadrar lo general a la circunstancia particular (subsumir y aplicar).

Existen cánones o parámetros que permiten objetivarnos. Uno de ellos es el derecho comparado. Podemos comparar la normativa, el caso y también la metodología interpretativa. Remontarnos a los principios generales, el estudio evolutivo o histórico de lo que sometemos a estudio, el propósito o voluntad del legislador, precedentes, el estudio lingüístico y del sentido histórico de las palabras, todas ellas herramientas garantes de imparcialidad.

Como refiere Ricardo Ginés García, “los romanos llamaban *interpretas*

⁴⁷¹ Rivera, op. cit., pág. 56.

(interprete o adivino) al que auguraba el porvenir a partir de la comprensión de las entrañas de los animales (...). El intérprete es un mediador, aquel sujeto capaz de poner de manifiesto el sentido oculto de alguna cosa”.

Podemos decir que en Roma la historia de la interpretación comenzó con el Colegio de los Pontífices que interpretaban las *mores maiorum* (costumbres de los antepasados), continuó en la República con la *interpretatio* (interpretación) de los jurisconsultos que transformó el sentido original de la Ley de las XII Tablas, descolló en el *ars iuris* (arte del derecho) de los juristas del principado, que gozando del *ius publicae respondendi* (derecho de responder públicamente) evacuaban las consultas con fuerza obligatoria, y culminó en la época justiniana con la recopilación y consolidación del derecho clásico en el *Corpus Iuris Civilis* (Cuerpo de Derecho Civil).

La tarea de interpretación de los operadores jurídicos consiste en desenmarañar la justicia o la injusticia, dando importancia axiológicamente, y el comportamiento humano en cada caso concreto, aplicando la norma general y creando una norma particular, exigiendo según la fuente su aplicación y cumplimiento.

El ordenamiento jurídico, exhaustivo, que no tiene lagunas, provee las normas necesarias para resolver todos los conflictos que pudieran llegar a suscitarse. Cuando no alcanza con las reglas de clausura para mantener la plenitud del sistema, operan las normas de integración que le permiten al intérprete completar los vacíos legales.

Para los hechos ilícitos alcanzan con las reglas de clausura para determinar genéricamente que el proceder es lícito, salvo que exista una prohibición normativa expresa. Para los actos lícitos las reglas de clausura resultan insuficientes, y el ordenamiento jurídico contiene normas de integración: puede ser de autointegración, donde el vacío se cubre mediante normas del propio sistema, o heterointegración, cuando se habilita la posibilidad de subsanar, recurriendo a normas de otros sistemas.

Respecto de la aplicación, el derecho lo aplican normalmente sus destinatarios sin que sea necesaria la intervención tuitiva del Estado. La primera posibilidad que se le presenta a la conciencia de las personas es la de cumplir con su deber propio, y la mayor parte de la gente obedece y aplica voluntariamente las normas. Las personas viven dentro del derecho sin apenas darse cuenta, y consideran la práctica jurídica como algo habitual y necesario, prescindiendo incluso de la influencia de las sanciones previstas por las normas para el caso de incumplimiento.

Cuando se dan supuestos de incumplimiento de las prestaciones debidas y las relaciones se tornan conflictivas, la última instancia a la que suelen acudir las personas involucradas o damnificadas es al proceso judicial. Antes de recurrir al órgano jurisdiccional del Estado prefieren resolver los problemas aplicando autónomamente el derecho por medio de algún tipo de negociación, o a través de la intervención de árbitros privados elegidos por las partes del conflicto.

La resolución privada de las controversias a veces no es posible, y es entonces cuando la aplicación del derecho recae en órganos calificados del Estado, jueces y tribunales de justicia, que están obligados a dictar una resolución conforme a un procedimiento establecido por el derecho objetivo. La aplicación heterónoma del derecho por parte de un órgano estatal especialmente instituido para esa tarea, recibe el nombre de jurisdicción y el órgano que la realiza es denominado jurisdiccional. Es la forma de aplicación jurisdiccional del derecho.

Siendo la integración una tarea complementaria de la interpretación, en los casos que existen lagunas en las normas generales se persigue cubrir esa falencia mediante otras normas del propio sistema, siempre que el ordenamiento jurídico lo autorice. En este sentido, aplicar una norma general es crear una norma nueva más específica denominada sentencia, encontrando en aquella su fundamento de validez, que describe y regula de la manera más justa ciertas conductas compartidas.

III. *Ubi Societas, Ibi Ius*: donde hay sociedad, allí hay derecho

Este celebre aforismo romano está presente en la enseñanza de todas las universidades de derecho en todo el mundo. Es importante destacar que la experiencia jurídica se relaciona con la experiencia de vida social, afirmando de esta forma el carácter social del derecho.

Demostrado por la experiencia, este pensamiento donde la filosofía y la sociología confluyen con lo jurídico revela que la sociabilidad del hombre, voluntaria entre los primitivos, evoluciona hacia un estatuto normativo estable, que no es sino consuetudinario, hasta que la aglutinación social conduce al establecimiento o a la afirmación de la autoridad, familiar

primero y pública después, desde las manifestaciones rudimentarias de la organización estatal.⁴⁷²

Como afirma Pérez Luño, el derecho es algo inescindible de la vida humana, hasta el punto de que donde no existe sociedad no puede haber derecho. El derecho es un producto de la actividad humana que se expresa a través de determinadas formas normativas que regulan el desarrollo de la convivencia social. La mutua y necesaria implicación entre sociedad y derecho explica la ubicuidad del derecho, su carácter omnipresente en casi todas las esferas del vivir social. El derecho en las sociedades actuales y en la vida de los hombres marca el curso de sus acontecimientos más decisivos.

Se atribuye a Cicerón “*ubi homo, ibi societas, ubi societas, ibi ius*”, que el conocimiento preciso del pasado nos ilustra el presente y nos permite predecir con juiciosa prudencia el futuro. Este principio de la necesidad absoluta del derecho, como norma reguladora de toda actividad social humana, lo confirman la razón, la experiencia y la historia. En este sentido, Jaime Guasp dice que “históricamente toda sociedad lleva aparejada un derecho, de tal modo como el derecho es necesario para la sociedad, esta no puede vivir sin aquel”. Se trata, por consiguiente, de dos ideas necesarias y coetáneas, pues aunque lógicamente preexista la idea de la sociedad a la de derecho, no se trata de una preexistencia cronológica.

La relación necesaria del ser humano con su sociabilidad natural y el derecho, la reflejaron los juristas romanos en su célebre frase “*ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius, ergo ubi homo ibi ius*”, es decir dado, el hombre, dada la sociedad dado el derecho, luego dado el hombre, dado el derecho.

El derecho, así considerado, se analiza como principio regulador social autónomo. Pero si a ese carácter le añadimos su vocación de realizar un ideal ético de justicia, introducimos en su concepto un criterio axiológico o de valor que nos permite distinguir un “ser normativo” de un “deber ser normativo”. Y es en este último sentido en el que tiene aplicación la idea de que la justicia es el horizonte del derecho, horizonte que no se confunde con el paisaje y que cuanto más nos acercamos, más se aleja, incitándonos a alcanzarlo, por eso los valores no son un fin en sí mismos sino que nos cuentan de la perfectibilidad de la ciencia jurídica por la que todos abogamos.

⁴⁷² Cabanellas de Torres, Guillermo (2007). *Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, pág. 975.

En Roma también existía el “*Ubi societas, ibi ius*” (“Donde hay sociedad, hay derecho”) en relación a la solución de sus conflictos, ya que casi todos los pueblos antiguos acotaron la venganza al agravio padecido. Esta limitación también estuvo prevista en la Antigua Roma por la Ley de las XII Tablas, donde Aulo Gelio nos recuerda que en la ley decenviral “para ciertas injurias existía el Talión”. Y más adelante explica: “¿pero qué quisieron decir los decenviros? Con ella quisieron disminuir y hasta suprimir los golpes y las heridas, y creyeron conseguirlo con el miedo del talión”.⁴⁷³

En la venganza privada no prima la fuerza de la razón sino la razón de la fuerza, por eso los pueblos antiguos primero la limitaron mediante el talión y luego la abandonaron. Entonces delegaron la tarea de resolver los conflictos más graves en una persona o grupo de personas que gozaban de prestigio social, por ejemplo, el jefe de la comunidad, el *pater familias* romano, el rey o un consejo de ancianos, manteniendo la autonomía de la voluntad de los damnificados solo para solucionar las contiendas menores.⁴⁷⁴

En el derecho romano arcaico, la primera fase de “sustitución progresiva” del principio de la justicia privada también corrió a cargo de las autoridades religiosas, los pontífices, que impusieron el abandono del recurso a la violencia (*vis*) propio de la justicia privada a favor del respeto de un orden religioso (*fas*) que era el derecho de los dioses, aquello prohibido y permitido por la divinidad. Un orden religioso cuyo contenido (normas o preceptos) era conocido por los sacerdotes romanos (pontífices).

Asimismo, el derecho romano definía diferentes tipos de árbitros, en el sentido de juez, como ser: *Arbiter compromissorius*, un juez que era elegido por las dos partes de la disputa; *Arbiter Juratus*, un juez que las dos partes de la disputa juraban obedecer; *Arbiter ex nudo pacto*, un juez que era elegido por las dos partes, pero estos no se obligaban a obedecer su decisión; *Arbiter sententia iudicium constitutus*, un juez designado para saldar cuentas; *Arbiter in causis bonae fidei*, un juez que se asignaba en buena fe; *Arbiter in actionis stricti iuris*, un juez que se asignaba para que siguiera estrictamente las leyes. Aclarando que es recién con Justiniano cuando un laudo puede ser ejecutado, a condición de que la ejecución fuese aceptada por escrito o que transcurrieran 10 (diez)

⁴⁷³ García, Ricardo Ginés (2006). *Fundamentos del Derecho*. 4° edición actualizada. Buenos Aires: Lectio Ediciones, pag 198

⁴⁷⁴ *Ibid.*

días sin oposición. Este tipo de arbitraje tiene similitud con el arbitraje de derecho moderno. También es dable destacar que en la antigua Roma existieron los árbitros como amigables componedores al igual que en nuestra actual legislación.

A modo de conclusión, pero si el principio o aforismo es dubitable en cuanto a su autoría, el reconocimiento romano de esta relación inescindible es claro. Más aún si consideramos que Hermogeniano ya afirmaba “*hominum causa omne ius constitutum est*”, que significa “presupuesto de todo el derecho es el hombre. Hombre que actúa en sociedad”.

Concluyendo entonces, atribuir a la filosofía y a los teóricos de la modernidad la genialidad de teorizar sobre el presente es un error que se evidencia en el desconocimiento profundo de este aforismo por nosotros analizado y en definitiva de la historia del derecho de occidente que es nuestra propia historia.

IV. Bibliografía

Argüello, Emilio Luís (1976). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Bonfante, Pietro (1959). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Instituto Editorial Reus.

Carnelitti, Francesco (1956). *Teoría general del derecho*. Madrid: Editorial RDP.

Costa, José C. (1998). *El negocio jurídico en Roma. Influencia en el Derecho Argentino*. Buenos Aires: Estudio.

Costa, José C. (2007). *Manual de derecho romano público y privado*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexos.

Dei, Daniel (1995). *Poder y libertad en la sociedad posmoderna. Informe sobre el sentido del porvenir*. Buenos Aires: Editorial Almagesto.

García, Ricardo Ginés (2007). *Fundamentos del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Parábola.

Iglesias, Juan (1953). *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Buenos Aires: Editorial Ariel.

Llambías, Jorge Joaquín (2003). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot

Mayo, Jorge (2001). “Sobre las denominadas cláusulas generales. A propósito de la buena fe, el daño y las buenas costumbres”. En *Revista Jurídica Argentina*, 1146, La Ley.

Mouchet, Carlos y Zorraquín Becú, Ricardo (2000). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

Palacios, Jimena (2009). *Léxico Institucional Romano*. Buenos Aires: Oficina de Publicaciones de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires.

Peña Guzmán, Luis y Argüello, Luis (1962). *Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial TEA.

Ponssa de la Vega de Miguens, Nina (1984). *Manual de Historia del Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial LEA.



UFLO
UNIVERSIDAD

El presente volumen contiene las Actas del VI Congreso de Principios Generales y Derecho Romano llevado a cabo los días 1° y 2 de noviembre del 2019 en las instalaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores; organizado por la mencionada casa de estudios y el Instituto Dr. Lapieza Elli de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina.

